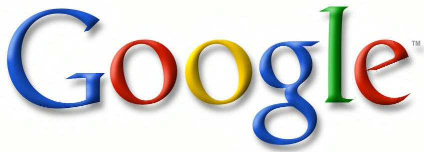
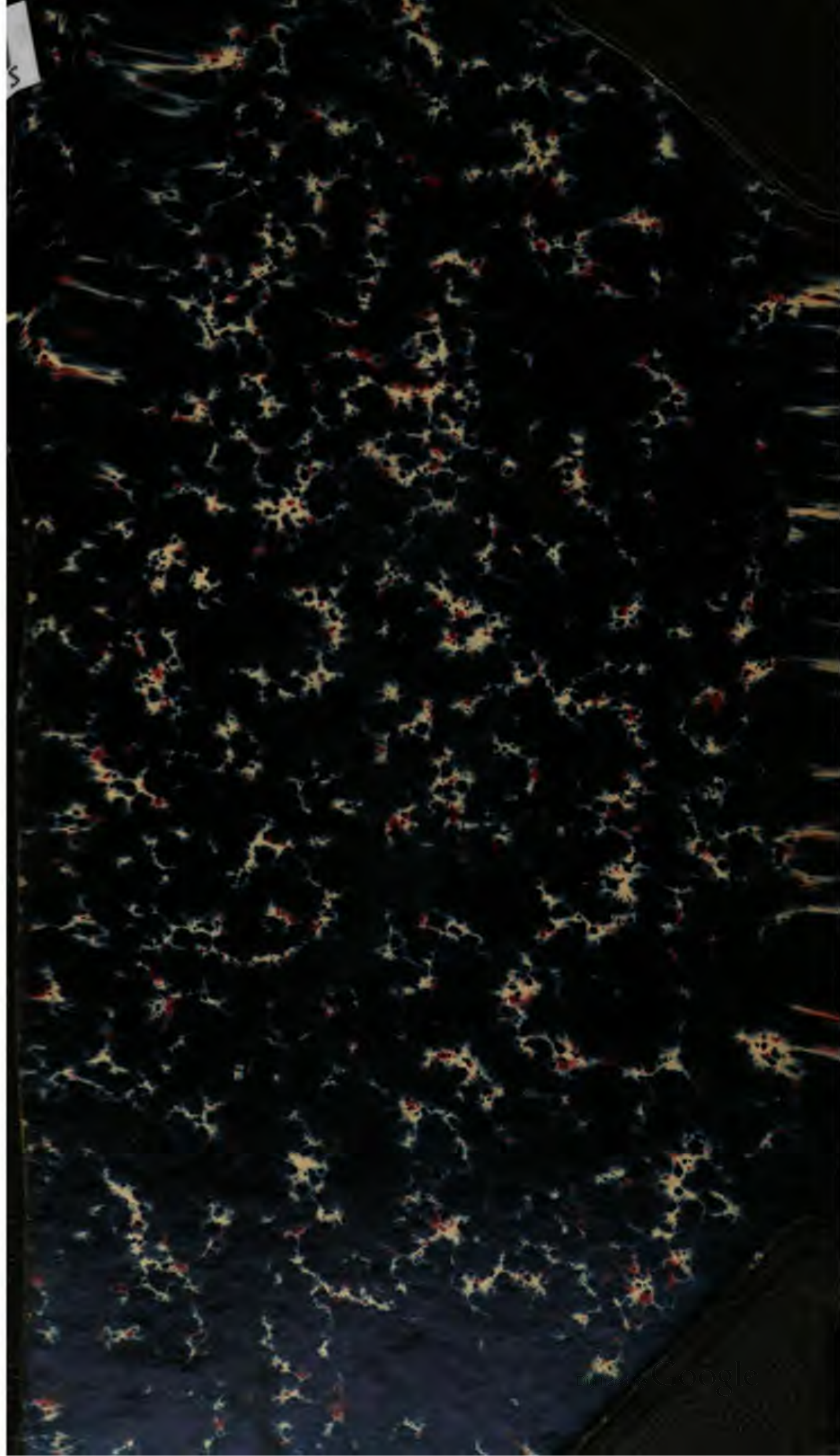





SIGILLVM · ACADEMIAE · HARVARDIANAE · IN · NOV · ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Iherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Victor Ehrenberg,**
Professoren an der Universität in Göttingen.

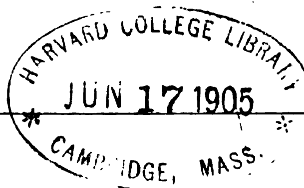
Zweite Folge. Dreizehnter Band.

49. Band von „Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts“.



Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1905.

Inhalt.



Iherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Victor Ehrenberg,**
Professoren an der Universität in Göttingen.

Zweite Folge. Dreizehnter Band.

49. Band von „Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts".

Erstes und zweites Heft.



Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

1905.

Inhalt.

I.

Sprachliches und Sachliches zum BGB.

Von Ernst Immanuel Bekker.

Ermächtigung, Cession, Vollmacht, Auftrag, Vertretungsmacht, Botenschaft. — Zugehen, empfangsbedürftige Willenserklärung. — Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis.

Der Wert der römischen Rechtssprache mag häufig überschätzt sein; auf die Einzelheiten ihres Sündenregisters ist hier nicht einzugehen. Veranlaßt zu dem Lobe konnten nur die sich fühlen, die selber auf den Gebrauch einer noch schlechteren angewiesen waren. Auch wir sind in der Gegenwart nicht viel besser daran, und namentlich hat unser BGB. zur Besserung wenig beigetragen, nachdem sowohl die Wechselordnung wie das alte Handelsgesetzbuch mit gutem Beispiel vorangegangen waren; stellenweise hat das neue Gesetzbuch die technische Sprache geradezu verschlechtert, z. B. durch Ausmerzung der Wörter „Tradition" und „Cession"[1]).

1) In der Wechselordnung hat man die traditionellen alten, mit fester Bedeutung verknüpften Ausdrücke: Remittent, Accept, Indossament etc. beibehalten, und jeden Versuch unterlassen sie durch neue deutschtümliche mehrdeutige und minder deutliche Ausdrücke zu ersetzen: hat die Wirksamkeit des Gesetzes darunter gelitten?

Betrachten wir einige seiner Ausdrücke. Zunächst, was ist „Vollmacht"? § 166 bezeichnet sie als eine „durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht". Aehnlich hatten schon die Motive in ihr eine „Machtstellung" gesehen. Nach Gradenwitz kommt das Wort überhaupt nicht oft vor; einmal § 1945 wird gesagt, „die Vollmacht muß der Erklärung beigefügt oder innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgebracht werden"; es ist schwer zu verstehen, wie eine „Macht" einer Erklärung „beigefügt" oder „nachgebracht" werden kann, und gewiß nicht löblich vom Gesetzgeber, die „Vollmachtsurkunde" kurzweg „Vollmacht" zu heißen.

Lenel hat mit vielem Scharfsinn auszuführen gesucht, daß trotz § 167: „die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten", eine Vollmachtserteilung doch allemal erst durch die Benachrichtigung des Dritten, gleichviel wie diese geschehen sei, als perfekt angenommen werden könne. Er hat damit Beifall gefunden, insbesondere bei Hellwig, ZZP. 29, der die Analogie der Stellung des Bevollmächtigten im Prozesse heranzieht. Ich könnte zugeben, daß man ein gewisses Rechtsverhältnis, zu dessen Tatbestande die Benachrichtigung des Dritten gehört, in Ermangelung eines besseren auch mit dem Namen „Vollmacht" belegen dürfe, halte es aber für ausgemacht, daß unter „Vollmacht" mit mindestens gleichem Rechte ein anderes Rechtsverhältnis zu verstehen ist, zu dessen Tatbestande die Kenntnis des Dritten nicht gehört. Wir werden hierauf zurückkommen.

Verfügungsgewalt, Disposition denken wir uns als ein Etwas, das normalerweise dem Subjekt (oder Herrn) des Vermögens zusteht. Aber in fast unzähligen Fällen sehen wir dieselbe Gewalt bei Anderen, die zweifellos nicht Subjekte des Vermögens sind. So stehen die Vermögen aller Staaten und

aller anderen öffentlichen Korporationen, desgleichen aller rechtsfähigen Vereine und Stiftungen unter der Verwaltung von Menschen, die Herren dieser Vermögen nicht sind, deren Gläubiger also auch keinerlei Anrecht an diese Vermögen haben. Aehnlich auch bei Individualvermögen, nach den Tatbeständen an welche das Gesetz die Herstellung eines Vertretungsverhältnisses knüpft, so unter Ehegatten, wo elterliche Gewalt besteht, oder die Verwaltung von Vormündern, Pflegern, Nachlaßverwaltern, Testamentsexekutoren, Konkursverwaltern ꝛc. zu führen ist. Das gleiche Verhältnis aber, Verfügungsgewalt ohne Subjektstellung, kann auch durch freie Akte der Beteiligten (Rechtsgeschäfte) bald über ein ganzes Vermögen, bald über einzelne Stücke eines solchen begründet werden. Hierbei ist zu unterscheiden: die von dem Verfügungsgewaltigen vorzunehmenden Veräußerungen können geschlossen werden auf Namen entweder desjenigen, der ihm die Verfügungsgewalt übertragen hat, oder auf seinen eigenen, und ferner, entweder auf Rechnung des Uebertragenden allein, oder auf gemeinschaftliche Rechnung (z. B. wo einem Gesellschafter die Geschäftsführung der ganzen Gesellschaft zustünde), oder auch zum ausschließlichen Vorteil des Verfügers (A gestattet daß seine Sachen von B verkauft werden und daß dieser den Erlös behält), ein Geschäft, das ebenso „solvendi" wie „credendi" oder „donandi causa" abgeschlossen werden kann.

In diesem Gebiete liegt auch unsere Vollmacht; ihrer näheren Betrachtung mag aber noch ein kleiner Exkurs vorangehen. Eine wenn auch beschränkte Verfügungsgewalt erhält der Oblat über das Vermögen des Offerenten bei jeder vermögensrechtlichen Offerte. Dies tritt wenig deutlich hervor wenn unter Anwesenden verhandelt wird; unter Abwesenden aber kann es keinem Zweifel unterliegen, daß von dem Augenblicke, wo der durch keinen Widerruf behinderte Antrag zur

Kenntnis des anderen Teils gelangt ist, dieser in seiner Hand hat, den Vertrag zustande kommen zu lassen und damit auch über das Vermögen des Gegenteils eine bindende Verfügung zu treffen, oder nicht; erst wenn die Frist zur Abgabe der Annahmeerklärung ungenutzt verstrichen ist, erlischt die Gewalt. Sehr nahe steht dem die Auslobung, die von einer Offerte an Unbestimmt wenig verschieden ist. Verfügungsgewalt über ein Vermögen, das noch nicht das seine ist, freilich nur in der einen Richtung, dieses Vermögen zu dem seinen zu machen, hat nach gemeinem Recht der Delat. Hiervon weicht das Erbrecht des BGB. nicht so weit ab, wie zuweilen angenommen ist: solange der berufene Erbe noch ausschlagen kann, ist die Erbschaft kein Stück seines Vermögens; verfällt er in diesem Stadium dem Konkurse, so kann er noch ausschlagen, der Konkurs ergreift die ausgeschlagene Erbschaft nicht; und überhaupt, hat er ausgeschlagen, so ist er nie Herr der Erbschaft gewesen. Römisches Recht und BGB. geben dem Delaten zunächst nur bedingtes Recht, aber die Bedingung ist dort suspensiv, nach BGB. resolutiv. — Nicht hierherzuziehen aber sind die durch die Annahme des Handwahrehand-Prinzips gegebenen Möglichkeiten, fremde Rechte auf einen Dritten (Gutgläubigen) zu übertragen; die Quasiverfügungsgewalt besteht bei diesen aus bloßem Können ohne entsprechendes rechtliches Dürfen, der Uebertragende ist und bleibt ein „Nichtberechtigter".

Auf die ganze Gruppe der in Rede stehenden Erscheinungen ist in der Literatur früher der Name „Ermächtigungen" angewandt worden; BGB. benutzt dies Wort (vergl. §§ 112, 113, 1321) in einem anderen Sinne, der auch mit Genehmigung oder Gestattung, Bewilligung, Erlaubnis oder sonst Aehnlichem wiederzugeben gewesen wäre, und dem wir nur bei einer erheblich kleineren Gruppe von minder bedeutenden rechtlichen Vorgängen begegnen. Da aber BGB. für das, was wir im

Auge haben, uns auch keinen anderen Namen gibt, ja die Kommissionen den zu bezeichnenden Begriff selber kaum gekannt, und sicherlich in seiner vollen Bedeutung nicht erkannt zu haben scheinen, so wollen wir hier an der alten „Ermächtigung" festhalten. Zugleich mag, wegen des leidigen Doppelsinns, in welchem derartige Wörter im Deutschen gebraucht zu werden pflegen, ausdrücklich gesagt sein, daß unter Ermächtigung hier nur der ermächtigende Vorgang, nicht die aus diesem erwachsende Machtstellung zu verstehen ist, die wir vielmehr Disposition oder Verfügungsgewalt oder -macht heißen werden.

Daß aber BGB. den Begriff unserer Ermächtigung, einer konstitutiven Uebertragung nur eines Rechtsteils, und zwar der Verfügungsgewalt, gleichviel ob diese ganz und ausschließlich auf den Ermächtigten kommt, oder daneben auch dem vorher Alleinberechtigten verbleibt, nicht kennt und benutzt, das hat sich verschiedentlich gerächt. Beispielsweise bei der Cession[2]). Trotz BGB. (§ 398), Reichsgericht, Windscheid[3]) und vielen

2) Ein anderes Beispiel liefern die fiduziarischen Geschäfte, bei welchen die von Schöninger ArchCivPrax. 46, 103 f. beklagten Uebelstände leicht hätten vermieden werden können, wenn wir mit dem Begriff der Ermächtigung korrekt zu operieren gewöhnt wären.

3) Da auch Regelsberger (in dieser Z. 47, 367) hierfür eintritt, so mag dazu kurz noch folgendes über das Cessionsrecht des BGB. bemerkt werden:

1. Nach Abschluß des Vertrages und vor der Kenntnisnahme des Cessus kann der Cedent noch Zahlung empfangen, auch mit Klage erzwingen, und die Forderung rechtsgültig cedieren; mithin steht ihm noch Verfügungsgewalt über die Forderung zu.

2. Da aber seine Gläubiger gleichfalls noch Befriedigung aus derselben Forderung suchen können und seine Erben in seine (des Cedenten) Rechtsstellung nachrücken, so muß die Forderung auch jetzt noch als Stück seines Vermögens gelten. Daß all diese Bestimmungen vornehmlich im Interesse des Cessus getroffen sind, ändert hieran nichts, das ausschlaggebende Dürfen und Können des Cedenten wird dadurch nicht gemindert.

3. Konsequent wird von der gegnerischen Seite dem Cessus, der noch

anderen ist es nicht wahr, daß „mit dem Abschlusse des Vertrags der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers" tritt. Wahr wird dies erst, sobald zu dem Vertragsschlusse noch die entsprechende Benachrichtigung des Cessus oder ein anderes diesem gleich wirksames Tatbestandstück hinzugekommen ist. In der Zwischenzeit hat der Cessionar nur Verfügungsgewalt, nicht das Vollrecht selber; das Vollrecht befindet sich im Zustande einer Schwebe, der Cessionar kann es zu sich herüberziehen, unterläßt er das andauernd, so bleibt

---

an den Cedenten gezahlt hätte, eine Kondiktion des Gezahlten bewilligt; doch zu Unrecht. Wenn der Cedent Zahlung annimmt auf die Forderung, welche er selber einklagen, vererben und cedieren kann, und an welche auch seine Gläubiger sich zu halten berechtigt sind, so hat er kein Etwas „ohne rechtlichen Grund erlangt". Auch darf man sich nicht mehr auf § 813 berufen: die Einrede existiert noch nicht, was deutlich sich daraus ergibt, daß, wenn nach einer zweiten Cession Cessionar II, vor Cessionar I, denunziert hätte, Cessus gegen die Klage von Cessionar II, keine Einrede besitzt, auch wenn er nachträglich von der ersten Cession gehört hätte. Beiläufig läge wohl eine grobe Ineleganz darin, die Kondiktion zu geben nach freiwilliger Zahlung an den Cedenten und nicht zu geben nach der erzwungenen, auch nicht nach Zahlung an Cessionar II oder die Gläubiger des Cedenten. Bähr (in dieser Z. 1, 351 f.) trägt eine schon für das gemeine Recht bedenkliche, vom BGB. im Prinzip scheinbar angenommene, in den Konsequenzen aber entschieden verleugnete Lehre vor: nach ihm soll die Forderung schon mit dem Abschluß des Cessionsvertrages in das Vermögen des Cessionars gelangen, und unter mehreren Cessionaren die frühere Kundgebung an den Cessus kein Vorrecht des Kundgebenden begründen.

Uebrigens ist zu bemerken, daß der ganze Streit weniger um die Wirkungen als um den Tatbestand der Cession sich bewegt. Gegen den Satz:

„Mit der Cession tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers"

wäre nichts zu erinnern, wenn zugleich gesagt würde, daß die Cession erst mit der Denunziation oder irgend einem Surrogat perfekt werden könnte. Nur wer von dieser Anschauung ausgeht, wird den kolossalen Fortschritt, den der moderne Verkehr durch die Bindung gewisser Forderungen an Papiere gemacht hat, richtig zu würdigen wissen.

das Recht bei dem Cedenten; und auch wenn der Abtretungsvertrag nachträglich aufgehoben werden sollte, so würde das Recht nicht zum Cedenten zurückkehren, sondern lediglich ihm verblieben sein. Dies entspricht bei den an kein Papier gebundenen Forderungen durchweg den Anschauungen des Verkehrslebens, die in den §§ 407 u. 408 Anerkennung gefunden haben. Der alte Gläubiger kann noch Zahlung empfangen, klagen, auch an andere cedieren, und die gleiche Uebertragung könnte durch „gerichtlichen Beschluß" oder „kraft Gesetzes" (sehr schlechter Ausdruck für „kraft anderer vom Gesetz anerkannter Tatsachen") übertragen werden. Wem solche Befugnisse zustehen, dem steht eben noch das Recht zu, wenn nicht das ganze, da ein Teil der Verfügungsgewalt abgegeben und ein Schwebezustand herbeigeführt ist, immerhin aber doch noch ein ansehnlicher und rechtlich bedeutender Teil. Auch soll man durchaus nicht sagen, hier handle es sich wieder um ein Können ohne Dürfen. Der aus dem ersten Abtretungsvertrage Berechtigte kann gute Gründe haben, alles zu unterlassen, wodurch das Geschäft perfekt würde: vielleicht hat er erst erfahren, wie schlecht die Vermögenslage des Cedenten, er will vielleicht aus Anstandsgefühl, vielleicht aus Furcht vor späterer Anfechtung dessen Gläubiger nicht schädigen. Und wenn etwa Erben, oder ein Konkursverwalter, die alle von dem Abtretungsvertrage nichts wissen, die Forderung gegen den Schuldner verfolgen, so handeln sie gewiß nicht widerrechtlich, die von dem Cessionar nicht voll erworbene Forderung bildet noch ein Stück des Vermögens vom Cedenten und gehört deshalb ebenso in die Erbschaft wie zur Konkursmasse. — Da aber BGB. § 398 nicht reine Wahrheit spricht, darum schwebt auch § 413 in der Luft. Bei welchem anderen Rechte wirkt denn der einfache Abtretungsvertrag ebenso wie bei den Forderungen? Nicht derivativ, sondern nur cessionsartig konstitutiv? Es wird schwer

halten aus § 413 eine weitere Wahrheit herauszulesen, als daß auch bei anderen Rechten, falls im Gesetz nicht ausdrücklich anderes verordnet ist, die Uebertragung durch formlosen Vertrag geschehen kann; das würde aber vielleicht auch ohne diesen Paragraphen ebenso anzunehmen sein.

Die Vernachlässigung der „Ermächtigung" in unserem Sinne steht im BGB. nicht vereinzelt, sondern hängt zusammen mit einer gewissen Abneigung mit dem rechtlichen Wesen und den Beziehungen des Vermögens überhaupt sich zu befassen. So wird denn auch bei der Vollmacht, indem man sie als Species der Vertretungsmacht behandelt, nur die persönliche Beziehung des Vertreters zu dem Vertretenen ins Auge gefaßt; über dies nachher noch ein paar Worte. Tatsächlich aber dürfte bei allen Ermächtigungen, und namentlich auch bei der zum Abschluß von Vermögensgeschäften auf fremden Namen, der Kern der Bedeutung in der Beziehung zu dem fremden Vermögen liegen. Allgemein betrachtet scheinen die Ermächtigungen den Zuwendungen parallel zu laufen. Jene bewirken Verschiebungen in der Weise, daß irgend ein Vermögensstück (Vermögensrecht) aus dem einen Vermögen heraus- und in das andere hineintritt. Derartige fertige Verschiebungen bewirken die Ermächtigungen nicht; aber sie bereiten sie vor, sie schaffen, daß andere spätere Ereignisse, welche ohne vorangehende Ermächtigung belanglos geblieben wären, jetzt als Zuwendungen verschiebend wirken. Die Tatbestände der Ermächtigungen sind bald von rechtsgeschäftlicher, bald von anderer Art. Hier interessieren uns nur die ermächtigenden Rechtsgeschäfte. Im Gegensatz zu den Zuwendungen genügen bei ihnen meist einseitige Willenserklärungen (das zur Zuwendung erforderliche zweite Stück soll eben erst nachfolgen); was aber selbstverständlich nicht ausschließt, daß die einfachen Ermächtigungsfolgen, wie beispielsweise bei dem Kauf auf Probe, auch ver-

tragsmäßig festgelegt werden können. Für das in der Zuwendung liegende Aufgeben von Rechten, die man im gewöhnlichen Leben als Annehmlichkeiten zu betrachten gewöhnt ist, brauchen wir einen Grund, und glauben diesen in dem mit der Zuwendung zu erreichenden Zwecke, der causa, zu finden. Die Ermächtigungen brauchen eine solche causa nicht: direkt liegt ihr Zweck in der Möglichmachung der späteren Zuwendungen, indirekt nehmen sie teil an der causa der durch sie ermöglichten Zuwendungen. Nebenbestimmungen lassen sich mit den meisten Ermächtigungen beliebig verbinden. Dagegen ist noch einer Absonderlichkeit zu gedenken: die eine Ermächtigung bewirkenden Willenserklärungen widerstreben regelmäßig der im BGB. § 130 gegebenen Norm, sie treten in Kraft nicht schon mit dem „Zugehen", sondern nur wenn sie zur Kenntnis des Adressaten gelangen. Auch hierauf werden wir noch zurückkommen.

Lassen wir jetzt die in den Offerten liegenden Ermächtigungen beiseite, so bleiben uns vornehmlich zwei große Gruppen: Ermächtigungen zu Verfügungen über fremdes Vermögen auf Namen desjenigen, der Herr dieses Vermögens ist oder als Herr gilt, und Verfügungen auf eigenen Namen und auf Rechnung des Vermögensherrn. Das Produkt einer Ermächtigung jener Art pflegt man „Vollmacht" zu heißen, für das der anderen fehlt ein ähnlich bezeichnender kurzer Ausdruck. Entschieden abzuweisen ist der zuweilen benutzte „Auftrag". Bekanntlich hat das alte Handelsgesetzbuch den Anstoß gegeben, die Begriffe „Antrag", „Auftrag" und „Vollmacht" auseinanderzulegen, und nach den bekannten Ausführungen Labands sind über die Vollmacht wie über den Antrag verhältnismäßig wenig Zweifel verblieben, wogegen der „Auftrag" noch immer in mannigfaltig schillernder Bedeutung umgeht: Tatbestand oder Rechtsverhältnis? Wenn dieses, von welcher Art, kontraktlich

oder nicht? Wenn jenes, Vertrag oder einseitige Erklärung? Und zwar, um ein Rechtsverhältnis zu schaffen, oder solches voraussetzend, oder rechtlicher Bedeutung ganz ermangelnd? Auch das BGB. hat uns hier nur wenig gefördert: in dem „Auftrag" überschriebenen Titel (§§ 662—676) stoßen wir zuerst auf den Satz:

durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich . . . .; hier ist „Auftrag" ersichtlich die Offerte eines Mandatskontrakts, dieselbe Bedeutung ließe sich dann etwa noch für die folgenden Paragraphen, bis einschließlich § 670 festhalten; §§ 671—674 aber, Widerruf, Kündigung und anderes Erlöschen des Auftrags betreffend, wird unter dem Wort nicht der Vorgang, sondern das aus dem fertigen Auftragsvertrage resultierende Rechtsverhältnis verstanden. Die Entschuldigung, daß die Römer in gleicher Weise nicht bloß zwei- sondern vieldeutige Ausdrücke benutzt hätten, reicht für unser Gesetzbuch nicht aus: die instinktive Genialität, die den Römern bei der Rechtsproduktion eigen war, besitzen wir nicht mehr und müssen deshalb alle, Gesetzgeber, Schriftsteller und Praktiker, bestrebt sein, sie durch streng methodische Arbeit zu ersetzen.

Jedem Auftrage liegt das Verlangen zu Grunde, daß ein anderer unseren Wünschen entsprechend handle. Hierin stimmen Auftrag und Antrag miteinander überein; aber während der Antrag als Frage auftritt, erscheint der Auftrag als Gebot, was aber nicht ausschließt, daß gelegentlich der Antrag in der Form des Auftrags („senden Sie mir für soundsoviel dasunddas"), und der Auftrag als Antrag („möchten Sie dasunddas für mich ausrichten?") erscheint. Von der anderen Seite fordert der Antrag regelmäßig Annahme, der Auftrag Ausführung. Aber auch hier ist ein Tausch möglich, der Antrag kann durch Ausführung (vergl. BGB. § 151), der Auftrag durch Annahme (BGB. § 662) beantwortet werden. Die hieran sich

knüpfenden interessanten Fragen, ob diese Zwischengebilde noch in den Bereich des Vertrags fallen, oder ob vielmehr andere dem Vertrage ähnliche Typen anzunehmen seien, liegen nicht auf unserem Wege.

Bei jedem Auftrage kommen zunächst drei Dinge in Betracht: wie kommt der Auftrag zustande (Auftragserteilung); welches ist das vom Beauftragten geforderte Tun (Inhalt des Auftrags); endlich welches ist die aus der, sei es ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme des Auftrags sich ergebende Gebundenheit des Beauftragten (Rechtsfolge des Auftrags).

Für die Auftragserteilung dürften zwei Regeln gelten. Einmal, daß die wirkende Erklärung an keine Form gebunden ist; mögen einzelne Ausnahmen erfindlich sein, so sind diese doch so selten, daß sie hier unberücksichtigt bleiben dürfen. Zweitens, daß die Erklärung dem Beauftragten nicht bloß „zugehen" (vergl. BGB. § 130), sondern auch zu seiner Kenntnis gelangen muß: wer den erhaltenen Auftrag nicht kennt, vermag ihn nicht auszuführen.

Frei wie die Form ist auch der Inhalt. Auch wenn er gegen Gesetze verstößt, ist darum der Auftrag kein Nichts; nur könnte er den Beauftragten zur Ausführung weder berechtigen noch verpflichten. Dagegen würde er ausgeführt beide Beteiligte, und nicht ausgeführt nach Umständen den Auftraggeber Straffolgen unterwerfen. Im Gebiet des Erlaubten treffen wir den Auftrag in mannigfaltigster Verwendung, zu rechtlich bedeutenden ebenso wie zu indifferenten Zwecken. Auch könnten an sich indifferente Aufträge nachträglich zu rechtlicher Bedeutung gelangen, wenn durch die Nachlässigkeit des Beauftragten Schaden herbeigeführt wird. Uns interessieren hier zumeist die auf Abschluß von Rechtsgeschäften gestellten Aufträge, welche den Auftraggeber mit Dritten in Beziehung bringen

sollen. Entweder der Beauftragte soll lediglich Botendienst leisten, eine fertige schriftliche oder mündliche Erklärung überbringen; oder er soll aus seinem eigenen geistigen Vermögen hinzutun zu der Erklärung, wenig oder viel, er soll neben oder statt des Auftraggebers wollen, und diesem Gewollten auch entsprechenden Ausdruck verleihen. Bedauerlich, daß wir für diese das geschäftliche Wollen des Auftraggebers je nachdem ergänzende oder ersetzende Tätigkeit keinen festen technischen Namen haben: „Stellvertretung"? bei der dann nach den die Verschiedenheit der Folgen bedingenden Tatsachen „direkte" und „indirekte" zu unterscheiden wäre. Wir wollen diese Gebilde nachher noch etwas genauer betrachten.

Für die Rechtsfolgen aber ist neben dem Inhalt des Auftrags auch das Rechtsverhältnis von Bedeutung, das vor und bei der Erteilung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten besteht. Erschwert wird die Besprechung hier wieder durch das BGB., das von diesen Dingen nichts wissen will. Aufträge kommen in der Verkehrswelt tagtäglich unzählige vor, weitaus die meisten unter Menschen, die früher schon zueinander in rechtlich bedeutenden Beziehungen standen. So in den Kreisen der Beamten des Staats, einschließlich Heer und Marine, der Kirche, aller anderen öffentlichen Korporationen; desgleichen auf den unter Privatrecht stehenden Gebieten. Jedes größere geschäftliche Unternehmen, gleichviel wer als Herr zu betrachten, und gleichviel welchen Zwecken, kaufmännischen, industriellen, landwirtschaftlichen rc. es dient, besitzt ein zahlreiches Personal in den verschiedensten Stellungen, und zweifellos wiegt der Auftrag des Vorgesetzten mehr als der unter Gleichgestellten. Auch der einzelne Privatmann steht in familienrechtlichen Beziehungen, er steht in geschäftlichen Beziehungen, hat Domestiken und andere dienstbare Geister. Alle diese Beziehungen, abgesehen von den rein familiären, pflegen durch

Rechtsgeschäfte begründet, von obligatorischem Charakter zu sein. Doch das BGB. kennt kein „Schuldverhältnis“ [4]) (und gerade dieser Name hätte bestens zur Bezeichnung des dauernden gepaßt) nur als Recht „eine Leistung zu fordern“. Hier sind wir auf einen Punkt gelangt, der grellste Beleuchtung verdient; wir wollen uns diese auf ein ander Mal versparen. Nur so viel zur Verdeutlichung: der wirkliche Anspruch auf Leistung ist ein Vermögensstück, gehört als solches in die Konkursmasse und ist der Pfändung ausgesetzt; beides trifft bei der Berechtigung, ein dauerndes Verhalten zu fordern, nicht zu; ähnlich verschieden ist die Verjährung gestaltet. Auch darf man hier nicht an ein umgekehrtes „Roma locuta est“ glauben, mit dem Schweigen des Gesetzes seien diese Dinge abgetan. Was im Verkehrsleben so festen Fuß gefaßt hat, vermag kein Gesetzgeber daraus zu verbannen; vielmehr liegt einzig und allein eine doktrinäre Verkletterung der Gesetzgebung vor, die, solange sie noch besteht, von der Wissenschaft aufzudecken und von der Praxis unschädlich zu machen ist, bis später der Gesetzgeber selber die erforderliche Korrektur vornehmen wird.

Zur Erläuterung aber der Abhängigkeit der rechtlichen Wirksamkeit eines Auftrags von den zu Grunde liegenden Beziehungen zwischen Auftraggeber und Beauftragtem wollen wir uns einer kleinen Gruppe von Vorgängen zuwenden, bei welcher diese besonders klar hervortritt. Bei den Aufträgen zur Ausführung von Rechtsgeschäften kommen als Rechtsfolgen in Betracht: Stellung des Beauftragten zum Auftraggeber,

---

4) Bei den Römern hat das Vorhandensein einer actio nicht bloß die Bedeutung, bereits vorhandenen oder zugleich mit der actio entstandenen Ansprüchen Klagbarkeit zu verleihen, sondern auch die andere, ein Rechtsverhältnis der Art zu schaffen, daß spätere Tatsachen sofort klagbare Ansprüche begründen; Beispiele: prätorische und andere Kautionalstipulationen und wohl alle Bonäfideiaktionen.

nach angenommenem oder auch schon nach erteiltem Auftrage; Stellung des Beauftragten zum Dritten; Stellung des Auftraggebers zum Dritten. Auf all diese Stellungen üben ihren Einfluß die rechtlichen Beziehungen, die von vornherein zwischen Auftraggeber und dem Dritten bestanden haben. Nach dem BGB. sind „Auftrag" (§ 662—676) und „Anweisung" (§ 783—792) zwei wesentlich voneinander verschiedene „Schuldverhältnisse". Gleichwohl liegen sie nahe zusammen. Denken wir uns, daß die übrigens ganz nach § 783 hergestellte Urkunde nicht an den Dritten ausgehändigt, sondern von dem Anweisenden direkt dem Angewiesenen zugesandt wäre, oder daß die dem Anweisungsempfänger übergebene Urkunde auf Leistung nicht-vertretbarer Sachen z. B. eines wertvollen Schmuckes lautete, in beiden Fällen haben wir einen „Auftrag" in dem oben definierten Sinne oder, genauer gesprochen, wogegen auch von dem Standpunkte des BGB. nichts zu erinnern sein dürfte, den Antrag (vergl. § 662) eines Mandatskontrakts. Man wird hiernach nicht umhin können, auch in dem technisch „Anweisung" geheißenen Geschäft einen „Auftrag" in unserem Sinne, und einen Antrag der angegebenen Art zu sehen wenn bislang zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten (Anweisenden und Angewiesenen) kein Rechtsverhältnis bestanden hätte, das dem Auftrage andere Bedeutung als die einer Offerte verliehe. Aber die Anweisung ist doch eine Ermächtigung! Worauf zu erwidern, daß jeder Auftrag, welcher von dem Beauftragten zu machende Aufwendungen irgend welcher Art erheischt, eine Ermächtigung in sich schließt. Denn entweder der Beauftragte befindet sich bereits im Besitz von Deckung, dann darf er das entsprechende Quantum aus dem Vermögen des Auftraggebers ohne weiteres in sein eigenes übertragen, oder, falls er keine Deckung in Händen hat, macht er durch die Ausführung des Auftrags (in der eventuell auch die Annahme der

Auftragsofferte läge, vergl. § 151) den Auftraggeber zu seinem Schuldner (§ 670).

Also: die „Anweisung" ist, ähnlich Tratte, Scheck und Kreditbrief, allemal Auftrag, sie enthält allemal eine Ermächtigung des Beauftragten, und enthält an sich (d. h. abgesehen von dem der Anweisungserteilung zu Grunde liegenden Geschäft, oder wenn dieses etwa Schenkung wäre) keine Berechtigung des Angewiesenen. Aber die Rechtsfolgen des Anweisungsaktes, und überhaupt einer Auftragserteilung, können auch weiter greifen, können den Angewiesenen neben der Ermächtigung zugleich verpflichten, den Anweisungsempfänger berechtigen. Nehmen wir den einfachsten Fall: zwischen A und B (Auftraggeber und Beauftragten) ist vor dem Ergehen des Auftrags, der Ausstellung der Anweisung, ein Vertrag zustande gekommen, durch den B sich dem A gegenüber verpflichtet hat, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, sobald A sie fordere (Auftrag dazu gebe), mag diese Handlung in einer Leistung an einen Dritten, C, bestehen oder anderer Art sein, und falls Leistung an C, mag B zu sofortiger Zahlung oder zunächst zu einem bindenden Versprechen an C sich verpflichtet haben; sobald der in Aussicht genommene Auftrag dem B zugeht (eine Form des Zugehens wäre das Ueberbringen der Anweisung durch den C), so kommt B dem A gegenüber in Verzug, oder kann wenigstens sofort in Verzug gesetzt und dementsprechend angehalten werden, dem A Schadensersatz 2c. zu leisten. Der Vertrag zwischen A und B könnte aber auch dahin gehen, daß B nicht bloß dem A gegenüber zur Leistung an C sich verpflichtet hätte, sondern daß auch C dem B gegenüber forderungsberechtigt (§ 328) wäre. Beispielsweise bei dem Kreditbrief muß heutzutage, soweit deutsches Recht gilt, die Möglichkeit anerkannt werden, daß aus grundloser Weigerung des Angewiesenen Zahlung zu leisten nicht nur dem Aussteller,

sondern auch dem Empfänger und Präsentanten des Briefes Klage erwachsen kann.

Der zwischen A und B geschlossene Vertrag könnte aber auch nicht bloß auf ein einzelnes, sondern auf eine ganze Reihe gleichartiger Geschäfte zielen: B verpflichtet sich dem A gegenüber, innerhalb gewisser Grenzen jede Anweisung zu honorieren, jeden Scheck zu zahlen, jeden Wechsel zu acceptieren, überhaupt jeden Auftrag auszuführen. Alles dies unter der Alternative, daß entweder nur der kontrahierende A, oder daß neben diesem, oder wohl gar statt seiner, Dritte forderungsberechtigt werden sollen; auf besondere Fälle, wo diese zweite Möglichkeit ausgeschlossen wäre, haben wir hier nicht näher einzugehen.

Unsere Auftragslehre aber ließe sich nach alledem kurz also zusammenfassen. Die einseitige Erklärung, welche wir „Auftrag" heißen, steht entweder ohne Grundlage, oder auf Grundlage eines vorher begründeten Rechtsverhältnisses. Wenn ohne, so erhält der Auftrag rechtliche Bedeutung nur, falls er angenommen und dadurch zum „Auftragsvertrage" (Mandatskontrakt, vergl. BGB. § 662—676) erhoben wird. Wenn mit, so ergibt sich die überaus mannigfache Wirksamkeit aus dem Ineinandergreifen des Auftrags, seines Inhalts und seiner Grundlage. Daß hierbei recht verschiedene Dinge mit dem einen Wort „Auftrag" bezeichnet werden, ist nicht zu leugnen; etwas besser als wir waren die Römer daran, die neben dem „mandatum" wenigstens noch den „iussus" hatten.

Ganz zweifellos aber ergibt sich, daß „Auftrag" kein brauchbarer Name ist, um dasjenige Machtverhältnis zu bezeichnen, das bald aus Auftrag, bald aus anderen Gründen erwachsen den Ermächtigten befähigt, Rechtsgeschäfte im eigenen Namen auf Rechnung des Ermächtigers zu schließen.

Um aber nicht gezwungen zu sein, länger von einem namenlosen Etwas zu reden, wollen wir zu unserem Privat-

gebrauch hier dafür den Namen „Vollmacht II" verwenden; es dürfte sich zeigen, daß diese und was wir sonst Vollmacht („Vollmacht I") zu heißen gewöhnt sind, nicht allzuweit auseinander liegen; Musterbilder sind der Kommissionär und der Prokurist unseres Handelsrechts. Beide Bevollmächtigte haben Disposition über ein Vermögen das nicht das ihre ist, in bald weiterem bald engerem Umfange. Beide können Stücke des ihrer Verfügung unterstehenden Vermögens veräußern durch eigenen Willensakt; beide können ebenso neue Vermögensstücke hinzuerwerben; die Details, wie das zu geschehen hat, kümmern uns hier nicht. Der Unterschied tritt greifbar hervor, erst wenn der Bevollmächtigte (I oder II) als solcher mit Dritten neue Schuldverhältnisse anknüpft. Hat hierbei der Bevollmächtigte I korrekt gehandelt, so entsteht nur ein gegenseitiges Verhältnis, Forderung und Schuld, zwischen dem Bevollmächtiger und dem Dritten, der Bevollmächtigte (I) wird so wenig berechtigt wie verpflichtet; wogegen aus den Vertragsschlüssen des Bevollmächtigten II, bei ebenso korrekter Handlung, zwei gegenseitige Verhältnisse der Art, zwischen Drittem und Bevollmächtigtem (II) und zwischen diesem Bevollmächtigten und dem Bevollmächtiger ins Leben treten.

Wenden wir uns zum Tatbestande. Bei beiden Bevollmächtigungen genügt wie zu Ermächtigungen überhaupt der Regel nach eine Willenserklärung des Bevollmächtigers, die aber dem zu Bevollmächtigenden nicht bloß „zugehen", sondern auch zur Kenntnis kommen soll. Soviel ist erforderlich und ausreichend.

Nicht erforderlich ist, daß der Bevollmächtigende ein Interesse an der Bevollmächtigung habe, wenngleich solches meist vorhanden sein dürfte. Aber beispielsweise: der Neffe bittet den Onkel brieflich um Geld, Onkel antwortet, daß er augenblicklich selber keines habe, doch gestatte, daß Neffe ein ihm

vom Onkel geliehenes Pferd verkaufe. Daran könnten sich nun die verschiedensten Nebenbestimmungen knüpfen: auf Namen des Onkels, auf Namen des Neffen; nicht unter dem Minimalpreise; Neffe könne den Erlös ganz oder nur zum Teil als Darlehn oder als Geschenk behalten rc. Akademische Frage: wie, wenn der Neffe die freundlichen Absichten des guten Onkels gar nicht erfahren und nun doch auf eigene Faust zu dem Verkaufe geschritten wäre? Vermutlich würde es auch in diesem Falle wohl nicht zum Prozesse kommen, dessen Ausgang aber auch der subtilste Richter doch wohl nicht davon abhängig machen möchte, ob der Bursche des Herrn Leutnants den Brief in Empfang genommen und verschmissen hätte, oder ob das Nichtangekommensein der Post zur Last fiele.

Aehnlich könnte ein Trödelvertrag oder der gemeine, in keinen Spezialtypus wie Kommission oder Sortiment verfallende Auftrag zu kaufen, wie der zu verkaufen, ebensogut ein Geschäft auf Namen, wie ein Geschäft nur auf Rechnung des Auftraggebers bezwecken; wogegen bei den entsprechenden Fällen von Miets- und Vermietungsgeschäften regelmäßig nur Vollmacht I zu benutzen sein dürfte. Dem Freunde konnte ich sagen, kauf das Bild „auf meinen", „auf deinen Namen". Und wenn ich nun hiervon nichts gesagt hätte? Ich meine nach guter Sitte, „uti inter bonos bene agier oportet", werde mein Freund dann die Wahl haben, wie das Geschäft, sei es nach Umständen am günstigsten, oder für ihn am bequemsten geschlossen werden konnte, und ich würde je nachdem dem Bilderhändler oder meinem Freunde gegenüber zahlungspflichtig sein.

Ganz allgemein aber wird man annehmen müssen, daß die Bevollmächtigung I wie die Bevollmächtigung II nicht ausdrücklich zu geschehen braucht, sondern sehr wohl auch als integrierender Teil eines anderen Rechtsgeschäftes unausgesprochen

zur Entstehung gelangen kann. Beispielsweise können als Geschäfte der Art Dienstmiete, Werkvertrag, Auftrag genannt werden. Bei der Ausführung können sich Differenzen ergeben, und es ist anzunehmen, daß durchschnittlich bei der Vollmacht I größere Schwierigkeiten entstehen werden als bei Vollmacht II wegen der bei dem Dritten erforderlichen Kenntnis der Person des Auftraggebers. Im Verkehr verwischen sich diese Verschiedenheiten nicht selten. In einer Berliner Zeitung stand vor Jahren:

> In der S.schen Reitbahn stehen drei Pferde des Baron O. gegen Barzahlung zum Verkauf. (Folgt Beschreibung der Rosse und Preisangabe.) Zu besehen täglich von 9 Uhr morgens bis 12.

Unterzeichnet vom Besitzer der Reitbahn. Da die Preise billig waren, fanden sich bald Käufer; abgeschlossen wurden die Verkäufe von dem Stallmeister und dem ersten Bereiter. Kein Mensch frug nach einer Vollmacht. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß weder Käufer noch Verkäufer darüber im klaren waren, ob den Geschäften eine Vollmacht I oder Vollmacht II zu Grunde lag.

Noch ein paar Fälle aus dem Leben. Ich habe eine Köchin; die macht Einkäufe auf dem Wochenmarkt, in der Markthalle, bei Kaufleuten. Selbstverständlich ist zwischen uns von ihrer Bevollmächtigung nie die Rede gewesen; die war mit dem Abschluß des Mietkontrakts richtiger wohl mit dem Zuziehen der Magd gegeben. Aber wie kontrahiert sie jetzt für mich? Man könnte meinen, bald so, bald so: wo die Verkäufer wissen, daß sie bei mir dient, als Bevollmächtigte I, wo sie das nicht wissen, als Bevollmächtigte II. Die Beteiligten selber werden darüber häufig am wenigsten Bescheid wissen, und praktische Folgen der Verschiedenheit kaum je hervortreten. Aehnlich bei den etwas größeren Geschäften, die mein

Diener für mich zu besorgen hat, obschon hier die Wahrscheinlichkeit, daß die Verkäufer die Art der Bevollmächtigung bedenken, und daß die Art auch für die praktischen Folgen bedeutend werden könnte, näher liegt.

Um wieder auf minder Alltägliches zu kommen: im Gebiete des früheren Gemeinen Rechts gehört mir ein Gut, das ich durch einen „selbständigen Inspektor", auch „Administrator" geheißen, bewirtschaften lasse. Der Vertrag ist stets, so auch mit dem jetzigen unter der Herrschaft des BGB., mündlich geschlossen, sehr kurz:

Sie haben sich das Gut angesehen? Auch Ihre Wohnung?
Sie fordern? — Gehalt, Tantiemen, Reitpferd.
Ihre Papiere lauten günstig; also abgemacht. Sie können am 1. Oktober antreten.

Dann folgt noch eine Anzeige auf dem Landratsamt, die aber ohne alle privatrechtliche, nur von polizeilicher Bedeutung ist. Kein Wort über die Bevollmächtigung und die Grenzen seiner Befugnisse; alles erforderliche ergibt sich aus ungeschriebenem dispositiven Recht der Gegend. Hervorzuheben ist hier nur, was dem Zweck dieser Arbeit nahe liegt. Durch die Hand des Mannes gehen im Jahre wohl 30—40000 Mark; auf größeren Gütern über 100000. Er kauft alles, dessen das Gut bedarf, neue Inventarstücke, Kunstdünger 2c., verkauft Korn, Rüben, Vieh, Milch, Wolle, auch Steine, deren wir Ueberfluß haben. Er mietet und entläßt das ganze unter ihm stehende Personal, Dorfeingesessene und Wandervolk. Wie kommen nun alle diese Geschäfte zu stande, nach Schema I oder nach Schema II? Zwischen dem Inspektor und mir ist darüber nie ein Wort gewechselt, auch ist mir zweifelhaft, ob er den Unterschied kennt. Ebensowenig wissen die kleineren Geschäftsleute mit denen er verhandelt, und die größeren legen kein Gewicht auf den Unterschied. Unwissend ist auch das

ganze Dienstpersonal, namentlich Mägde und Wanderarbeiter, sie können nicht sagen, ob sie in meinem Dienste stehen oder in dem des Herrn Administrators. Ich weiß, daß ich alle Geschäfte die er innerhalb seines Verfügungsbereichs abgeschlossen als mich bindend anzuerkennen habe; gehen sie nicht auf meinen Namen, so gehen sie doch sicher auf meine Rechnung. Im Landstädtchen kennt alle Welt Herrn Möller als meinen Inspektor, hier werden wohl die Bedingungen, welche das BGB. für Vollmacht I-Geschäfte fordert, annähernd erfüllt werden; kauft M. auswärts auf Märkten und Auktionen, wo weder er noch ich bekannt sind, so muß er auf eigenen Namen abschließen. Aehnlich wohl auch mit den Arbeitern. Mir scheint, als ob vielerorts ein quasiromanistischer Billigkeitsglaube herrschte: uns haftet an erster Stelle der Verwalter, mit dem wir verhandelt haben; zahlt der nicht, so haftet sein Herr. Prozesse, in welchen diese Fragen eine Rolle spielten, sind in unserer Gegend unerhört; sie könnten einen jungen theoretisch wohlgeschulten Richter zur Verzweiflung bringen.

Ich habe den Fall einen nicht alltäglichen genannt, doch gehört er auch keineswegs zu den seltenen. Manche zumal größere Güter werden von selbständigen Inspektoren verwaltet; wo der Herr selber die Oberleitung führt, hat der Unterinspektor einen freilich viel kleineren Geschäftskreis, in diesem aber kaum geringere Bewegungsfreiheit. Dann haben wir aber auch nicht bloß auf den landwirtschaftlichen Betrieb zu sehen: bei den meisten größeren industriellen Unternehmungen finden sich Beamtenstellungen, welche denen unserer selbständigen und unselbständigen Inspektoren sehr nahe kommen, die Unklarheit wird da nicht viel geringer sein.

Die Folgerungen aus dem Angeführten sind zunächst wirtschaftlicher Natur: die Vorschriften des BGB. sind noch nicht überall ins Leben eingedrungen und werden mutmaßlich dies

innerhalb absehbarer Zeiten auch nicht tun. Daraus erwächst dem Leben ein Vorwurf so wenig wie dem Recht. Die steifen Rechtsregeln stehen da, gleichsam als „ultima ratio“, um in bösen Konfliktsfällen Anhalt zu geben. Dem Leben aber passen minder klare Gedanken und nicht scharf ausgeprägte Formen häufig besser, zumal wenn der Verkehr stattfindet unter rechtschaffenen Männern, oder solchen, die unter dem Verluste des Scheins der Rechtschaffenheit und Kulanz selber schwer zu leiden haben würden. Die Beteiligten wissen oft selber nicht Geschäft auf Namen oder auf Rechnung; beim Geschäft auf Namen wird es mit dem Nachweis der Vollmacht oft sehr leicht genommen; der Bevollmächtigte I kann regelmäßig Geschäfte auch auf seinen Namen schließen, der Bevollmächtigte II nur unter Umständen auf Namen des Bevollmächtigers. Darum wird es geraten sein und auch wohl dem herrschenden Brauche entsprechen, die Uebertragungen sehr umfänglicher Verfügungsgewalten durch Erteilung von Vollmacht I sicherzustellen. Aber auch die sog. Spezialvollmachten können unter Umständen erteilt werden, bei denen von der vorschriftsmäßigen Benachrichtigung des Dritten nichts nachzulassen ist.

Wenden wir uns nun zu einigen juristischen Konsequenzen. Zunächst muß die Behauptung Hellwigs (Vertr. a. Leist. a. Dr. 119, ZZP. 29, 530), die bereits Freunde gefunden hat, daß ein Bevollmächtigter I seine Vollmacht nicht kündigen könne, verworfen werden. Warum denn nicht? Sollte der Neffe in dem oben S. 17 berichteten Falle nicht dem Onkel schreiben dürfen: „schönen Dank für Deine freundliche Ermächtigung, verzichte aber darauf, weil ich das erforderliche Geld schon von anderer Seite erhalten habe“? Und noch ein erlebter Fall. Ich selber glaubte gelegentlich für einen Umzug mehr Geld zu brauchen, als ich augenblicklich besaß, und wandte mich an einen Freund, der mir umgehend Scheck auf ein Ver-

liner Bankhaus sandte. Ich habe dann weniger gebraucht, den Scheck verbrannt und dies meinem Freunde mitgeteilt. Ich hätte ebenso eine Anweisung oder eine Vollmachtsurkunde verbrennen können, und wenn mir die gleiche Vollmacht in anderer Form, vielleicht nur mündlich erteilt worden wäre, so stand es auch bei mir sie zu kündigen. Es mag nicht der im Leben am häufigsten vorkommende Fall sein, daß eine Bevollmächtigung als Geschäft für sich auftritt, ganz selten wird er auch nicht sein: jede Einwilligung zu einem auf den Namen des Einwilligenden zu schließenden Geschäfts ist Vollmachtserteilung, sie kann von dem Bewilliger angeboten oder von dem Empfänger erbeten, erst auf seine Bitte gewährt (und hier also vertragsmäßig bestellt) sehr wohl auf eigenen Beinen stehen, und dann nach BGB. § 183 widerrufen und nicht minder von der anderen Seite gekündigt werden. Dagegen mag zugegeben werden, daß wo die Vollmachtserteilung nur ein Glied in dem Rahmen eines größeren Geschäfts ist, die Kündigung der Vollmacht mit der Lösung des ganzen Geschäftsnexus, zumal wo dieser ein so loser wie beim Auftrag, zusammenfallen kann. Auf die genauere Untersuchung, bei welchen Geschäften ohne Lösung der ganzen geschäftlichen Verbindung die Vollmacht sich eliminieren ließe, und ob hierbei zu unterscheiden wäre zwischen Fällen, in denen die Erteilung geschehe im Interesse des Bevollmächtigers oder des Bevollmächtigten oder Dritten (z. B. Bestellung eines Zahlungsempfängers, „solutionis causa adiectus") würde uns zu weit führen.

Aber vielleicht wirft Hellwig ein, in den Fällen, auf die ich sehe, liege gar keine wahre Vollmacht vor, diese entstehe für ihn nach Lenel erst mit der Benachrichtigung des Dritten. Dawider zweierlei: zuvörderst ist nicht abzusehen, weshalb der Empfänger einer Einwilligung, nachdem er hiervon den Dritten in Kenntnis gesetzt, ohne einstweilen von der Bevollmächtigung

Gebrauch zu machen und mit dem Dritten zu kontrahieren, nicht befugt sein sollte, an den Bevollmächtiger, oder noch besser an diesen und zugleich an den Dritten zu melden, daß er von seiner Bevollmächtigung keinen Gebrauch machen werde? Sodann aber ist die Lenelsche Behauptung doch auch noch auf ihre Richtigkeit zu prüfen.

Zu dem Ende haben wir uns zunächst über die Bedeutung des Wortes zu verständigen. Für mich ist die Vollmacht (I), was das Wort besagt, wirkliche „Macht", „Vertretungsmacht" wie das BGB. sagt, die Befugnis, über Stücke eines fremden Vermögens, viele oder wenige, zu verfügen, speziell charakterisiert dadurch, daß diese begründet ist durch Rechtsgeschäft (BGB. § 166), und auszuüben normalerweise durch Geschäfte auf fremden Namen d. h. nicht auf den des Bevollbemächtigten, sondern auf den des Bevollmächtigers. Dies entspricht im wesentlichen der alten gemeinrechtlichen Tradition (die nur bisweilen von dem Erfordernis der Begründung durch Rechtsgeschäft absah), und nicht minder den Worten des BGB.:

§ 164: . . . Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zuständigen Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt . . .

und kann auch von Hellwig kaum verleugnet werden, wenn er prüft, ob die Vollmacht gekündigt werden kann. In ihrem Wesen, Verfügungsmacht über ein Vermögen, das nicht des Verfügenden ist, nicht seinen Gläubigern haftet, nicht auf seine Erben sich vererbt, kommt also die Vollmacht überein mit der Macht der Organe von Staat, Kirche, anderen öffentlichen und privaten rechtsfähigen Vereinen, desgleichen Stiftungen und mit der Macht der sog. gesetzlichen Vertreter jeglicher Art; nur die Begründungsakte sind verschieden. Bei der Vollmacht stets ein Rechtsgeschäft, „Erteilung der Vollmacht" (BGB. § 167). Selbstverständlich ist von diesem Begründungsakte dann wieder

verschieden jeder Ausübungsakt der einmal erteilten Vollmacht. Zu diesen Ausübungsakten ist des weiteren erforderlich ein Dritter, der mit dem ihm nicht gegenüberstehenden Bevollmächtiger, nicht mit dem ihm gegenüberstehenden Bevollmächtigten kontrahieren will, und daher (wieder normalerweise) um das Bestehen der Vollmacht wissen muß.

Von ganz anderen Grundlagen aber geht Lenel aus. Er fragt S. 13, 14: „Was ist Vollmacht? . . . . Ein Vertrag zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem? Eine einseitige Erklärung? und wenn letzteres, an wen richtet sich diese einseitige Erklärung? an den Bevollmächtigten oder an den Dritten, mit dem dieser kontrahieren soll?" Dies ist die Basis der Abhandlung, die darauf zielt die Vollmacht als Erklärung des Bevollmächtigenden an den Dritten nachzuweisen, und hieraus praktische Konsequenzen zu entwickeln.

Lenels Aufstellungen erinnern an die Behauptung, daß der Prozeß ein Rechtsverhältnis sei. Wird hier der Name, der stets einen Vorgang bezeichnet hat und nach aller Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft bezeichnen wird, übertragen auf die rechtlichen Folgen dieses Vorgangs, so überträgt Lenel umgekehrt den Namen der Rechtsfolge auf den Vorgang. Auch die Römer haben bisweilen, ich erinnere an „obligatio“ und „possessio“, Ursache und Folge, Tatbestand und dessen rechtlichen Effekt mit demselben Namen bezeichnet, „vestigia terrent“. Immer liegt die Gefahr nahe, daß mit den Namen auch die Begriffe ineinanderfließen, und gewiß wird die Aufgabe zwei so nahe aneinandergrenzende Dinge wie Ursache und Folge, beide für sich scharf und klar auszudenken, erheblich erschwert, wenn man zur Bezeichnung beider einen und denselben Ausdruck zu benutzen gezwungen wird. Bei Lenel aber kommt noch eins hinzu: er bezeichnet nicht bloß Tatbestände mit dem für die Rechtsfolgen gebräuchlichen Namen,

sondern hält auch die Tatbestände der Vollmachtserteilung (Geschäft mit dem Bevollmächtiger) und der Vollmachtsbenutzung (Geschäft mit dem Dritten) nicht genügend auseinander[5]).

Kommen wir Leneln soweit entgegen, daß unter „Vollmacht“ gelegentlich auch nicht bloß die Macht, das Rechtsverhältnis, sondern auch eine rechtlich relevante Tatsache[6]) verstanden werden könne, so wünschen wir doch zu erfahren, ob dies die Tatsache der Machterzeugung, oder die der Machtbenutzung sein solle. Der Machterzeugung? Damit träte Lenel in Widerspruch nicht bloß zum BGB. § 167, sondern auch zum Handelsgesetzbuch und allem bisherigen Brauche, und um nur einen statt aller zu nennen, der Prokurist wäre vor Erklärung an den Dritten noch kein Bevollmächtigter. Also zur Machtbenutzung? Aber die zu benutzende Macht müßte doch schon vorhanden, also vor der Benachrichtigung des Dritten entstanden sein, was Lenel eben leugnet. Zudem ist es auch nicht richtig, daß allemal die Benutzung eine Benachrichtigung des Dritten, ausgehend entweder von dem Bevollmächtiger

---

5) Sehr charakteristisch ist das S. 15 Gesagte: Die Vollmacht zu einer Offerte, einer Acceptation, einer Kündigung ꝛc. bildet selbst ein integrierendes Stück dieser rechtsgeschäftlichen Erklärungen und teilt daher deren juristische Natur, und auch eine Vollmacht allgemeinen Inhalts nimmt in konkreter Anwendung den Charakter derjenigen Willenserklärung an, zu der sie hinzutritt. Darum ist notwendig die Vollmacht ein einseitiger Rechtsakt und kein Vertrag . . . . darum ist ferner die Vollmacht notwendig ein einseitiger Rechtsakt dem Dritten gegenüber: bei den Willenserklärungen, die hier in Frage stehen, muß der Dritte unsere Gesinnung kennen . . . .; ihm gegenüber also ist dieser Wille, uns die in unserem Namen ergangene Willenserklärung anzueignen, zu erklären.

6) Zweifellos im Leben gebräuchlich und auch leider in unseren Gesetzbüchern nicht ungewöhnlich ist der Gebrauch des Wortes „Vollmacht“ für Vollmachtsurkunde. Diese ist das Zeichen einer vorhandenen Vollmacht, als wirkliche Macht, Rechtsverhältnis gedacht; die Herstellung der Urkunde ist bald ein Stück des Bevollmächtigungsaktes, bald die Bescheinigung seiner Vollendung.

oder von dem Bevollmächtigten erfordere, jede Kenntnis des Dritten genügt, gleichviel wie er sie erworben.

Daß die Richtigkeit der Lenelschen Auffassung aus den Quellen, zu denen damals auch der zweite Entwurf unseres BGB.[7]) gehörte, nicht zu erweisen sei, hat er selber erkannt, doch sollten die Konsequenzen in hervorragender Weise den Anforderungen der Praxis entsprechen. Aber gerade von der Beobachtung des praktischen Lebens aus erwachen die lebhaftesten Bedenken. So finden wir auf S. 18 die Behauptung ausgesprochen: „die Vollmacht an sich setzt den Prinzipal in keinerlei Rechtsverhältnis zu dem Vertreter". Das mag ja richtig sein für die Lenelsche Vollmacht, d. h. eine einseitige Erklärung des Prinzipals an den Dritten, von der der Bevollmächtigte gar nichts zu wissen braucht. Es paßt durchaus nicht auf dasjenige, was wir bisher Vollmacht zu nennen uns gewöhnt

---

7) BGB. § 167 steht der Lenelschen Auffassung entgegen; auch hier ist die „Vollmacht" keine Tatsache, sondern wirkliche Macht, und die Tatsache „Erteilung der Vollmacht" erfordert die Mitteilung an den Dritten noch nicht. Wörtlich lautet der Paragraph:

> Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll.

Vorausgesetzt ist hierbei, daß die durch die Erklärung an den Bevollmächtigten begründete Vollmacht zu ihrer Ausübung der Kenntnis des Dritten und des Wollens desselben durch den Bevollmächtigten mit dem Bevollmächtiger zu kontrahieren, wie umgekehrt die durch Erklärung an den Dritten begründete der Kenntnisnahme seitens des Bevollmächtigten und seines Wollens, für den Bevollmächtiger mit dem Dritten zu kontrahieren bedarf. Dazu noch zweierlei: Der Fall, daß der Bevollmächtigte selber erst durch den Dritten Kenntnis seiner Bevollmächtigung erlangt, dürfte im Leben selten vorkommen; sodann, daß wenn die Vollmacht durch Erklärung an den Dritten erteilt würde, sie doch ein wesenloses Etwas verbleiben müßte, bis der zu Bevollmächtigende die Kenntnis von der Erteilung erlangt hätte und zur Uebernahme bereit wäre. Bis dahin eine Macht, deren Benutzung unmöglich, und die auch für Dritte, Gläubiger, Erben des Bevollmächtigten völlig wertlos dastünde.

haben. Mit der Vollmacht und also durch die Vollmachtserteilung, von der der Dritte nichts zu wissen braucht, kommt ein Stück Verfügungsgewalt aus dem Rechtsbereich des Bevollmächtigers in den des Bevollmächtigten, und dieser wird verantwortlich für den Gebrauch, den er von diesem Stücke macht. Jede Verfügungsgewalt über fremdes Vermögen begründet rechtlich wichtige Beziehungen zwischen dem Verfüger und dem Herrn des Vermögens; ich erinnere an die von einem der angesehensten Juristen ausgesprochenen Besorgnisse, als die Prokurasatzungen in das alte Handelsgesetzbuch aufgenommen worden: nun könne, wer am Abend als Bankier eingeschlafen sei, den anderen Tag als Tabakshändler erwachen.

Lenel[8]) und noch energischer Hellwig berufen sich für

8) Gegen ein Ergebnis der Lenelschen Untersuchungen, die Gleichstellung von Anweisung und Inkassovollmacht, hat neuerdings Tuhr in dieser Z. 48, 1 f. seinen Widerspruch ausführlich begründet. Wenngleich ich nun nicht bloß im Ganzen, sondern auch im Einzelnen (recht zweifelhaft ist mir, daß nach Anm. 3 der Schuldner berechtigt sein soll, zur Sicherung des Beweises seiner Zahlung Aushändigung der Vollmachtsurkunde zu verlangen; gewiß unzulässig, wo die Urkunde die Bevollmächtigung zu verschiedenen Geschäften ergibt, und auch bei engster Beschränktheit der Vollmacht kaum mit BGB. § 175 zu vereinen) auf die Seite Tuhrs treten und namentlich die unter I und II gegebenen Ausführungen billigen möchte, so will ich doch einen Zusatz nicht unterdrücken. Bei den gegen Lenel erwiesenen Verschiedenheiten, wie namentlich, daß die Anweisung auch die noch nicht acceptierte, ein Verkehrspapier ist, die Vollmachtsurkunde aber nicht, muß man Tuhr beistimmen, wenn er den Wunsch ausspricht, daß Anweisung und Inkassovollmacht auch äußerlich leicht kennbar voneinander unterschieden sein sollten. Aber wie? Tuhr meint: bei abstrakter Fassung Anweisung, bei kausaler Vollmacht. Ob dies in die Verkehrspraxis sich wird einbürgern lassen, ist mir zweifelhaft. Wie das BGB., kennt Tuhr „Anweisungen auf Schuld". Sollte nun die Anweisung auf Schuld, die sich selber für das gibt, was sie ist, deshalb des Charakters als „Anweisung" verlustig gehen? Die nächsten Verwandten der Anweisungen sind die Schecks; diese lauten bei uns regelmäßig auf Zahlung „aus meinem Guthaben", was im Kontokorrentverkehr doch als kausale Fassung anzusehen

ihre Lehre auf das Vorbild der Prozeßvollmacht. Sicherlich ist aus dieser für Prokuristen und Ladengehilfen, und überhaupt für das Wesen der Vollmacht (als Macht), deren Bestellung und Benutzung, auch das Verhältnis des Bevollmächtigers zum Bevollmächtigten im allgemeinen wenig zu entnehmen; gleichwohl ist die Heranziehung der Prozeßvollmacht mit Dank anzunehmen. Nicht wegen der versuchten undurchführbaren Gleichstellung, sondern weil gerade die hervortretende Verschiedenheit der prozeßrechtlichen von der Mehrzahl der materiellrechtlichen Vollmachten beachtenswerte Fernblicke erschließt.

Hellwig betont, daß die Vollmachtserklärung denjenigen an welchen sie ergeht, nötige mit dem Bevollmächtigten sich einzulassen. Das mag richtig gedeutet für die Prozeßvollmacht gelten, aber die allgemeine Behauptung

> das ist gerade das zuverlässige Charakteristikum zulässiger Stellvertretung, daß der Gegner die Pflicht hat, sich mit dem Vertreter einzulassen,

ist schlechthin falsch. Wenn der Weinreisende bei mir antritt und Vollmachtsurkunde präsentiert (was ich beiläufig noch nicht erlebt habe), oder wenn (was sehr häufig geschieht) die Handlung den Besuch bei mir angemeldet hätte, bin ich dann verpflichtet, mich auf Geschäfte einzulassen?

Unsere Gegner sehen nur auf eine Gruppe der im Vollmachtsbereich belegenen Geschäfte: derjenigen, die mit Spezialvollmacht, vielleicht nur zu einem Geschäft, zumal zum Eintreiben einer Forderung, geschlossen werden. BGB. berücksichtigt den Gegensatz der speziellen und der generellen Voll-

---

sein dürfte. Vielleicht wäre es zweckmäßig, wenn gesetzlich ein äußerer Unterschied verordnet würde; bis dahin aber dürfte vornehmlich darauf zu sehen sein, ob die Urkunde dem Willen des Ausstellers, seine eigene Macht auf den anderen zu übertragen, genügenden Ausdruck gibt.

macht nicht, und erkennt damit an, daß zwischen beiden keine qualitative, sondern nur eine quantitative Verschiedenheit besteht. Nur da, wo schon vor dem durch den Bevollmächtigten auszuführenden Geschäfte ein verpflichtendes Rechtsverhältnis zwischen dem Vollmachtsgeber (als Berechtigtem) und dem Dritten (als Verpflichtetem) bestand, ist auch an eine Verpflichtung des Dritten dem Bevollmächtigten gegenüber zu denken. Mit der Uebertragung der Vertretungsmacht kommt die Befugnis zur Geltendmachung dieses dem Bevollmächtigten an sich fremden Rechts auf unseren Bevollmächtigten, und mit dem Rechte auf der einen Seite entsteht auf der anderen die Verpflichtung, bei gesetzmäßiger Aufforderung an den Bevollmächtigten zu leisten. Da die Leistung in Wirklichkeit eine durch das Medium des Bevollmächtigten an den Bevollmächtiger zu machende und als solche von dem Leistenden gewollte sein soll, so gehört die Kenntnis des Bestehens der Vertretungsmacht zu den Voraussetzungen auf der Seite des Dritten. Diese Kenntnis und der auf ihr beruhende Wille mit dem Vertretenen zu kontrahieren, ist ein Tatbestandsstück des vollmachtsgemäß also in Ausübung erworbener Vollmacht abzuschließenden Geschäfts, auch zu erhebender Zahlung. Wie die Kenntnis erworben worden und ob sie wohlbegründet dasteht oder nicht, ist bei der Zahlung ebenso indifferent, wie bei allen anderen Geschäften; man denke an die Fälle, wo ein Prokurist, die Organe der Aktiengesellschaften oder Vertretungsmächtige ohne Bevollmächtigung, Nachlaß- und Konkursverwalter, Ehemänner, Vormünder ꝛc. auftreten.

Bei weitem fruchtbringender wird die Betrachtung, wenn wir die Prozeßvollmacht erfassen als ein Etwas, dessen Eigenart näher zu prüfen ist. In der Vollmacht liegt die Ermächtigung

zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs,

eine Reihe von Befugnissen, die zweifellos im Gebiete der Verfügungsgewalt liegen. Aber gerade diese Befugnisse können dem Bevollmächtigten auch entzogen werden (ZPO. § 83), er bleibt gleichwohl Prozeßbevollmächtigter. Geständnisse und andere tatsächliche Erklärungen können von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden, auch wenn der Erklärende Anwalt der Partei ist (ZPO. § 85). Die Verfügungsgewalt ist hier auf ein Minimum reduziert, erscheint die Partei neben dem Bevollmächtigten vor Gericht, so ist dieser kaum mehr als ihr Sprachrohr. Da liegt dann die Frage nahe, ob die Vertretungsmacht auch ohne alle Verfügungsgewalt vorkommen kann. Viele im täglichen Leben uns begegnende Erscheinungen zwingen zur Bejahung, man denke nur an die Boten verschiedener Art, Erklärungsempfänger, Besitzdiener ꝛc. Halten wir die Begriffe fein säuberlich auseinander:

I. Verfügungsgewalt. B kann über das Vermögen des A, in weiterem oder engerem Umfange, verfügen, d. h. er kann mit dem C Geschäfte schließen, die auf das Vermögen des A mehrend und mindernd gerade so einwirken, wie wenn A selber sie geschlossen hätte; B will und sein Wollen entscheidet über des A Vermögen.

II. Vertretungsmacht. Die Handlung die B als Vertreter des A dem C gegenüber vornimmt, wirkt für A und C ebenso, wie wenn A persönlich die gleiche Handlung dem C gegenüber vorgenommen hätte. Wir haben hier zwei sich schneidende Kreise: in dem beiden gemeinsamen Segmente trifft beides zusammen: der Wille des B entscheidet und die von B vorgenommene Handlung wirkt wie die Handlung des A, mithin zeugt sie rechtliche Beziehungen zwischen A und C, keine zwischen B und C, auch keine zwischen B und A. Das wäre also, wo die Vertretungsmacht selber durch Rechtsgeschäft begründet ist, die „Vollmacht“ des BGB., unsere „Vollmacht I“. Auf der

einen Seite dieses gemeinsamen Stückes aber liegt unsere „Vollmacht II“: wieder entscheidet der Wille des B über das Vermögen des A. Aber die Handlung des B erscheint nicht als Handlung des A, hat also auch Nebenwirkungen, welche die Handlung des A nicht gehabt hätte, und begründet rechtliche Beziehungen des B zu C und zu A. Auf der anderen Seite aber liegt nackte Vertretungsbefugnis, der Wille des B vermag rechtlich nichts über das Vermögen des A, aber was B tut, gilt wie von A getan, und soll also, da das Wollen des B ausgeschaltet ist, auch nichts anderes sein als ein mittelbarer Akt des A.

Haben wir nach alledem Vertreter mit und ohne Verfügungsgewalt, und Verfüger mit und ohne Vertretungsbefugnis anzunehmen, so liegt die Frage nahe, ob die Vorschriften des Titels „Vertretung, Vollmacht“ des BGB. (§ 164—181) auf alle Arten der Vertretung, oder nur auf die Vertretung mit Verfügungsgewalt zu beziehen seien. Bedenkt man, daß der Ausdruck „Vertretung“ im gemeinen Gebrauch wohl eine Beziehung von Person zu Person, aber keine von Person zu Vermögen zu bedeuten pflegt, daß das BGB. hier der Verfügungsgewalt überhaupt nicht gedenkt und ausdrücklich sagt:

> Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt ꝛc.,

so könnte man sich momentan versucht fühlen zu denken, daß mit dem Folgenden alle Vertretungsfälle ihre Regelung erfahren sollten. Doch dürfen wir sicher nicht dabei beharren: schon das Wort „Vertretungs*macht*“ konnte stutzig machen, § 165 ist für Nichtverfüger überflüssig, § 166 unverständlich, § 177 und § 181 sehen auch ausschließlich auf Verfügungsberechtigte, auch liegt es außer allem Brauch, Boten und Besitzdienern nicht bloß Aufträge, sondern Vollmachten und Vollmachts-

urkunden auf den Weg zu geben. Völlig ausgeschlossen aber wird jene erste Vermutung, wenn man des weiteren bedenkt, daß die Vollmacht doch nur die eine Art der Vertretungsmacht sein soll, da die andere die gesetzliche Vertretungsmacht zweifellos nirgends ohne Verfügungsgewalt besteht.

Noch eine Bestätigung findet sich in der wesentlich verschiedenen Behandlung der beiden Fälle, wenn ein Bote seine Botschaft falsch ausrichtet (BGB. § 120), und wenn der Vertreter die Grenzen seiner Vertretungsmacht überschreitet. In Ermangelung jeder speziellen Vorschrift für diesen Fall und überhaupt der Unterscheidung von äußeren und inneren Grenzen der Vertretungsmacht im BGB. müssen wir annehmen, daß auch bei jeder Ueberschreitung der inneren, vielleicht dem Dritten unbekannten, Grenzlinie der Vertreter ohne Vollmacht handelt, und also § 177 zur Anwendung kommt. Illustrieren wir dies durch ein Beispiel. Leutnant X hat bei dem Pferdehändler Z in Berlin um einen Gaul gehandelt, fand aber die Forderung zu hoch und ist Tags darauf in seine Garnison Trier zurückgekehrt. Hier trifft er noch seinen Kameraden Y der eben nach Berlin will, und X beauftragt diesen dem Z im Namen des X jetzt mehr als das frühere Gebotene, aber doch noch weniger als das von Z Geforderte und zwar 1500 M. zu bieten. Y nimmt den Auftrag an, und nach wenigen Tagen trifft das Pferd mit dem Stallknecht des Z und mit einer auf 1800 M. gestellten Rechnung bei X ein. Y gibt später zu, dem Z 1800 M. geboten zu haben, er hätte sich den Auftrag des Freundes schriftlich notiert und könne sich dabei verschrieben oder nachher verlesen haben. Hier liegen zwei Möglichkeiten dicht nebeneinander: entweder der Auftrag an Y ging auf Ueberbringung einer neuen Kaufsofferte; dann kommt § 120 zur Anwendung, d. h. das Geschäft gilt auf 1800 M., kann von X angefochten werden, der aber dann Kosten und Gefahr

des Pferdetransports nach Trier und zurück zu tragen und außerdem dem Händler ein negatives Vertragsinteresse, Verschlechterung des Pferdes durch die Reise, entgangenes besseres Gebot während der Zwischenzeit zu ersetzen hätte. Oder Y hat als Bevollmächtigter gehandelt und die Grenzen der Vollmacht überschritten. Die Lage des X ist erheblich besser, es steht durchweg in seinem Belieben, ob das Geschäft mit Z Bestand haben soll oder nicht; wo nicht, muß Z das Pferd auf seine Kosten und Gefahr hin und her reisen lassen, hat auch sonst keinerlei Anspruch wider X und mag sehen, wie er sich seines Schadens an Y erholt. Ein Kuriosum ist hierbei, daß, wenn der Pferdehändler als vorsichtiger Mann irgend eine Bestätigung der Vollmacht des Y erfordert, in welcher aber selbstverständlich nicht der Preis angegeben sein durfte für den Y zu kaufen hatte, er schlecht gefahren wäre, gut dagegen, wenn er einfach die Bestellung des Y als die eines Boten ohne jede Nachprüfung angenommen hätte.

Wir bleiben also dabei: was in dem BGB. unter „Vertretungsmacht und Vollmacht" verordnet ist, das gilt nur für die mit Verfügungsgewalt kombinierte Macht. Hiernach ist erstlich der Grenzlinie nachzugehen, welche die beiden Arten der Vertretung scheidet, und sodann näher zu prüfen, welche jenseits im Felde der nackten Vertretung ohne Verfügungsgewalt belegenen Fälle unserem Rechte geläufig sind, und endlich ob und welche besonderen Rechtsregeln für diese bestehen.

Betreffs der Grenzlinie beschränken wir uns auf die Strecke, welche den Bevollmächtigten von dem Boten, namentlich von dem Spruchboten scheidet. Die Bedeutung gerade dieser Unterscheidung liegt außer dem schon Angeführten (BGB. §§ 120, 177) auch darin, daß BGB. § 166 zweifellos nicht für Boten gilt.

Ausschlaggebend kann sein die Erklärung, welche der Ab-

sender an den Dritten gelangen läßt. Aber diese Erklärung kann auch ganz fehlen, und könnte auch nichtssagend sein. Z. B. Leutnant X hätte an Pferdehändler Z geschrieben: „In den nächsten Tagen wird mein Kamerad Y Sie besuchen und Ihnen meinen letzten Entschluß mitteilen" . . Sehr wahrscheinlich, daß X und Y kein klares Verständnis des Gegensatzes besitzen, wo dann aus dem Wortlaut überall nicht allzuviel zu ersehen sein wird.

Zweitens kann die Erklärung des Vertreters an den Dritten entscheidend sein. Immer muß der Dritte wissen oder annehmen, daß derjenige welcher mit ihm verhandelt Vertreter (gleichviel welcher Art) ist, sonst könnte er nicht durch den Anwesenden mit dem Abwesenden kontrahieren wollen; ob aber durch Boten oder durch Bevollmächtigten kann ihm oft gleichgültig scheinen. Darum wird er sich häufig mit ungenauen Erklärungen („Ich komme im Auftrage der Handlung M." oder ähnlichem) zufrieden geben. Auch könnten die von dem Mittelsmann gegebenen Erklärungen falsch sein. Sagt der Bevollmächtigte, er sei Bote, so hört er darum nicht auf bevollmächtigt zu sein; und liegt die von ihm als nominellem Boten abgegebene Erklärung noch innerhalb der Vollmachtsgrenzeu, so ist sie gültig; fällt sie über jene hinaus, so kommt BGB. § 177 zur Anwendung. Umgekehrt wenn der Bote sich für bevollmächtigt ausgibt. Zweifellos, daß er dadurch Vollmacht nicht erwirbt. Bestellt er trotz jener falschen Angabe den Inhalt der Botschaft richtig, so liegt hier kein Grund vor die Gültigkeit des Geschäfts anzuzweifeln. Bestellt er die Botschaft falsch, so liegt beides vor, der Tatbestand von § 120 und der von § 177. Danach würde ich annehmen: der Vertretene kann nach § 177 genehmigen und dadurch das Geschäft gültig machen, vollgültig; tut er dies nicht, so verfällt er den Vorschriften des § 120.

Auch das unter den Beteiligten vor dem die Vertretungsbefugnis begründenden Akte schon bestehende Rechtsverhältnis könnte nur in vereinzelten Fällen entscheiden; sonst ist anzunehmen, daß ich Gatten und Kinder, Mündel und andere Pflegebefohlene, Domestiken und andere Dienstleute, gute Freunde und gewerbsmäßig tätige Agenten ebensowohl zu Boten wie zu Bevollmächtigten bestellen kann. Somit wird anscheinend keine andere Tatbestandsdifferenz durchgängig sich behaupten lassen, als die in der Bestellung selber belegene: soll der Vertreter nichts zu tun haben als fertige Erklärungen zu überbringen und in Empfang zu nehmen, so ist er Bote; soll er statt oder neben dem Auftraggeber (Besteller) an dem geschäftlichen Wollen beteiligt sein, so daß sein (des Vertreters) Wille über das Zustandekommen des ganzen Geschäfts oder doch über einzelne dahineingehörige Bestimmungen zu entscheiden hat, so ist er Bevollmächtigter.

Um also auf unser altes Beispiel zurückzugreifen: hatte X dem Y gesagt: „kaufen Sie das Pferd für mich für 1500 M.", so war Y Bote, und konnte als solcher das Geschäft zwischen X und Z zum Abschluß bringen; BGB. § 166 käme also nicht zur Anwendung, wenn Y gewisse Fehler des Pferdes sofort erkannt hätte, die X übersehen hatte. Wie aber hätte der Auftrag lauten müssen, um Y zum Bevollmächtigten zu machen? „Kaufen Sie für 1500, aber sehen Sie sich den Gaul vorher an und kaufen Sie nur, wenn Sie überzeugt sind, daß er auch so viel wert ist." Oder: „kaufen Sie für den Preis den Sie für angemessen halten." „Kaufen Sie den Fuchs für 1000, oder den Rappen für 1200, welches Geschäft Sie für günstiger halten." „Kaufen Sie das preiswürdigste (oder das beste) Pferd aus dem Stalle." Je mehr Spielraum, Einfluß auf das Zustandekommen und den Inhalt des Geschäfts dem Vertreter eingeräumt wird, desto fester steht

die Annahme, daß Bevollmächtigung, nicht Botenbestellung, beabsichtigt sei.

Der Kassendiener, der Geld austrägt und Quittungen in Empfang nimmt, ist Bote; was er tut, tut er als Werkzeug (Verwirklichungsmedium) eines[1] fremden Willens. Der Diener, der Gelder einzieht und Quittungen überbringt, desgleichen; auch wenn er befugt wäre selber Quittungen auszustellen, würde sich dies nicht ändern, mit der Quittung bezeugt er nur den Vorgang eines Rechtsgeschäfts und zwar Realakts, an dem er selber lediglich als Werkzeug mitgetan hat. Hiernach haben wir auch in dem Kassierer, dem nichts obliegt als Zahlungen anzunehmen und zu leisten, Quittungen in Empfang zu nehmen und auszustellen, keinen Bevollmächtigten zu sehen. Ja es wird zweifelhaft, ob die bekannte Ladenvorschrift des Handelsgesetzbuchs (§ 56) Vollmacht begründe. Wo feste Preise und Barzahlungen ausnahmslose Regel sind, schwerlich. Noch weniger möchten wir in dem Ueberbringer der quittierten Rechnung einen Bevollmächtigten erblicken; sicher nicht, wo ihm fest geboten ist die zu überbringende Ware nur gegen Barzahlung oder auf alle Fälle hinauszugeben, einigermaßen zweifelhaft, wo dies seinem eigenen Ermessen überlassen wäre, je nach dem Zutrauen das er den Kunden schenkt, zu geben oder nicht.

Noch ein Fall aus dem Leben: eine große Schneiderei schickt zu gewissen Zeiten ihre Zuschneider den bekannteren Kunden in der Stadt, auf dem Lande, auch in benachbarten Städten zu, mit Mustern der neuen Mode, auch mit Stoffproben. Der Gesandte empfiehlt, gibt Rat, schließt das Geschäft ab und schreitet auch gleich, indem er Maß nimmt, zur Ausführung. Da der Preis durchweg feststeht (man spricht gewöhnlich davon gar nicht, handeln gibts nicht), dürfen wir auch in diesen Herren eher Boten als Bevollmächtigte zu sehen haben.

Dagegen hätten wir auch bei ganz minimalen Einkäufen, Papier, Tinte, Zwirn, Nadeln, Streichhölzer, Heftpflaster 2c., die wir durch unsere Kinder, Domestiken, Dienstmänner besorgen lassen, die Beauftragten als Bevollmächtigte zu betrachten, sobald ihnen die Wahl des Ladens, Auswahl der zu kaufenden Stücke oder Verabredung des Preises überlassen worden. Doch genug von diesen Dingen, und überhaupt der Vertretung ohne Verfügungsbefugnis; überall durchweg begegnen wir hier einer Fülle von Einzelheiten, die sich nicht summarisch abtun lassen wollen, und deren detaillierte Durchprüfung uns viel zu weit führen würde. Auf eine Frage aber wollen wir noch zurückgreifen, deren nähere Betrachtung neue Einsicht verheißt.

BGB. § 167 und folgende handeln von der Mitteilung der Bevollmächtigung an den Dritten, die normalerweise zu geschehen hat. Mag diese nun direkt von dem Vollmachtgeber an den Dritten erfolgen oder durch den Bevollmächtigten überbracht werden, beidemal fragt sich, wann der Moment der Perfektion, das letzte Stück des die rechtliche Vollwirksamkeit bedingenden Tatbestandes, ins Leben tritt? Mit dem „Zugehen", oder erst wenn die Erklärung zur Kenntnis des Dritten gelangt? Angenommen, sie wäre dem C zugegangen, aber nicht zu seiner Kenntnis gelangt, so bestehen zwei Möglichkeiten: entweder im Laufe der Verhandlungen mit B erfährt C nachträglich, daß B nicht für sich, sondern im Namen des A handelt, dann haben wir von hier das erforderliche Wissen des C anzunehmen; oder C erfährt dies überhaupt nicht, und verbleibt also in dem Glauben mit B auf dessen eigenen Namen zu kontrahieren, dann muß BGB. § 164, 2 durchschlagen, das Geschäft ist zwischen B und C auf deren Namen geschlossen, mag es auf Rechnung des A gehen, unmittelbar ist er weder berechtigt noch verpflichtet. Aber gerade ebenso zweifellos wie dies, ist das andere, daß die Mitteilung der

Bevollmächtigung an den Dritten eine Willenserklärung, „die einem anderen gegenüber abzugeben ist", und daß sie also nach BGB. § 130 in dem Zeitpunkt wirksam werden soll, in welchem sie dem anderen (C) „zugeht". Will man nun nicht, was sicherlich den Gedanken der Entwurfskommission zuwiderliefe, das „Zugehen" als „zur Kenntnis gelangen" ausdeuten, so wird kaum anderes übrig bleiben, als eine Ausnahme von der in § 130 gegebenen Regel anzunehmen.

Da fühlt man sich auf die Frage gestoßen, ob wohl noch andere Ausnahmen gleicher Art erfindlich sein sollten? Und sofort sehen wir diese geradezu massenhaft heranströmen. Niemand kann, wie schon oben bemerkt, einen Antrag annehmen oder ablehnen, den er nicht kennt; niemand einen Auftrag ausführen, der nicht zu seiner Kenntnis gelangt wäre. Aufträge wie Anträge kommen im geschäftlichen Leben so überaus häufig vor, daß sie unter allen Willenserklärungen, „die einem anderen gegenüber abzugeben sind", wenn nicht schon die Majorität, doch eine respektable Minorität bilden. Wir verzichten deshalb hier darauf nach weiteren Beispielen zu suchen[9]), zumal bei einigen, wie etwa der „Mahnung", ein Entscheid nicht ganz leicht zu treffen sein möchte (wer die Culpa zum Tatbestandsstück der Mora stempelt, wird der zwar zugegangenen, aber nicht zur Kenntnis gelangten Mahnung wenig Beachtung schenken dürfen).

In dem endlosen Streite über den Zeitpunkt der Perfektion der Verträge hat das BGB. sich für die Empfangstheorie entschieden. Aber der Augenblick des Zugehens soll entscheidend nicht bloß für Verträge d. h. für die Annahme-

9) Angeführt hier ist bereits, daß die entscheidende Mitteilung an den Cessus ebenso der Kenntnisnahme bedarf, wie die Bevollmächtigung zur Kenntnis sowohl des Bevollmächtigten wie des dritten Kontrahenten gelangt sein muß.

erklärungen sein, sondern für alle Willenserklärungen, „die einem anderen gegenüber abzugeben" sind. Mit diesem schwerfälligen Ausdruck ist auf eine Verschiedenheit der Willenserklärungen verwiesen, die in der Tat mehr Beachtung verdiente als sie in der Theorie bis dahin gefunden hatte. Auf der einen Seite stehen demnach alle Erklärungen, welche sich nicht an eine bestimmte Person richten; eine bunte Gesellschaft, zu der alle auf Eintragung in unsere öffentlichen Register abzielenden, auch das Ja vor dem Standesbeamten, alle anderen sog. öffentlichen Erklärungen, auch Auslobungen und Aufstellung von Warenlieferungs- oder sonstigen Leistungsautomaten, alle Gesamtakte, Testamente, Stiftungsgeschäfte unter Lebenden, Kreation von Inhaberpapieren, Blankogiro und noch viele andere gehören. Das Gemeinsame aller dieser Erklärungen scheint in der Negative zu liegen, daß der Erfolg des Beabsichtigten sich nicht beschränken soll auf die Beziehungen des Erklärers zu einer bestimmten Person. Schon hieraus ergibt sich für die „gegenüber einem anderen" abzugebenden Erklärungen die Wahrscheinlichkeit, daß bei ihnen stets besondere Interessen des Erklärenden zu dem Anerklärten, sei es ausschließlich oder doch an hervorragender Stelle, in Frage stehen.

Mit allen nicht adressierten Willenserklärungen befaßt das BGB. sich durchgängig nur wenig; für die adressierten aber wird eine Unterscheidung und eine Gleichstellung verordnet, welche beide nicht glücklich gegriffen zu sein scheinen. Einander gegenübergestellt werden „einseitige Rechtsgeschäfte" und „Verträge". Der Gegensatz beruht offenbar nicht darauf, daß hier nur eine, dort mehrere von verschiedenen Personen ausgehende Erklärungen erforderlich sind, denn solchen Mehrheiten der Erklärungen begegnen wir auch bei allen Gesamtakten und überall da, wo der Erklärung des einen die Einwilligung oder die Genehmigung des anderen hinzutreten soll. Eher möchte man

an das eigentümliche Ineinandergreifen von verschiedenen Seiten ausgehender Erklärungen denken, durch welche der schließliche Rechtseffekt herbeigeführt wird. Nun kann aber derselbe Erfolg, der sich durch einseitige Ausübung eines Wahl- oder eines Kündigungs- oder eines Aufrechnungsrechts herbeiführen ließe, auch auf dem Wege gegenseitiger Verständigung nach vorgängiger Beredung, durch wechselweis bindende Zusagen bewirkt werden; einseitige Rechtsgeschäfte und Verträge mit dem gleichen Erfolge. Sollen wir diese auf gegenseitiger Einigung beruhenden Rechtsakte in Beziehung auf die Vornahme durch Minderjährige oder durch Vertreter ohne Vollmacht ꝛc. den Vorschriften für die Verträge, oder denen für einseitige Rechtsgeschäfte unterstellen? Wenn jenes, so wird das entscheidende Gewicht gelegt auf ein Moment, das freundliche Eingehen des Anderen auf das Begehren des Einen, das im Leben sehr häufig vorkommt (schon um es mit guten Freunden, Bekannten oder Kunden nicht zu verderben), und meist sehr geringe Beachtung findet; denn sehr oft werden die Beteiligten selber nach kurzer Zeit nicht mehr genau wissen, bin ich mit meinem Entscheid wie mit der Tür ins Haus gefallen, oder habe ich vermittelnde Worte vorangeschickt, und hat vielleicht schon auf diese mein Widerpart sich eingehend geäußert, oder hat er nur überhaupt keinen Widerspruch erhoben — ein böses Beweiskreuz und das rechte Nest für Meineidsprozesse. Wenn anders, so werden Konsensualakte, die alle Welt bisher unter den Namen der Verträge mitbegriffen, unter die Regeln der „einseitigen Rechtsgeschäfte“ gebracht. Bisweilen freilich könnte es scheinen als ob bei der Abfassung des Textes man nur an die obligatorischen, d. h. die „Obligationen zeugenden Verträge“ gedacht hätte, so beispielsweise im § 110. Aber schon im Obligationenrecht werden wir die übertragenden und erlassenden „Verträge“ nicht aufgeben dürfen, desgleichen nicht in den anderen Abschnitten

unseres bürgerlichen Rechts; oder sollten alle dahin gehörigen Konsensualgeschäfte vielleicht als „Nichtverträge", und deshalb als „einseitige Rechtsgeschäfte" zu behandeln sein? Zu ähnlichen Ergebnissen kommt aber auch wer von der anderen Seite ausgeht. Die „Billigung" nach einem Kauf auf Probe dürfte als einseitiges Geschäft anzusprechen sein. Aber worin unterscheidet sich diese von meiner Annahmeerklärung, wenn mit der Offerte die Ware, etwa ein Pferd, mir gleich ins Haus zugeschickt, und für das Probieren und also für die Erteilung meiner Antwort, ein entsprechend langer Zeitraum bewilligt war? Und kurz gesagt: besteht nicht jeder Vertrag aus zwei einseitigen Rechtsgeschäften?

Hand in Hand aber mit diesen Unterscheidungen, die im Verkehrsleben ihren Boden nicht finden können, geht das Uebersehen der in Wirklichkeit vorhandenen Unterschiede. Antrag und Annahme sind beide einseitige Rechtsgeschäfte, beide Willenserklärungen, doch beide wesentlich verschieden voneinander. Der Antrag kann erfolgen ohne besondere Voraussetzungen, um wirksam zu werden muß er zur Kenntnis des Adressaten gelangen, dann schafft er keinen festen Rechtserfolg, keine Verschiebung eines Vermögensstückes aus dem einen Vermögen in das andere, sondern er gibt nur demjenigen an welchen er sich richtet die Möglichkeit, solche Verschiebung zu erwirken; auch kann eben dieser Erfolg, dieselbe Ermächtigung durch keine anderen Vorgänge herbeigeführt werden als eben durch die Offerte. Alles anders bei der Annahmeerklärung: sie setzt Kenntnis der an den Oblaten gelangten Offerte voraus, sie braucht selber nicht allemal ihren Adressaten, den Absender der Offerte zu erreichen, kann eventuell auch durch andere Vorgänge ersetzt werden, schafft dann aber, wenn sie perfekt geworden, einen neuen und festen Rechtszustand. Sie darf deshalb auch nicht mit Bedingungen verquickt, oder sonst so gestaltet werden,

daß sie statt zu der angestrebten festen Wirkung wieder nur zu schwankenden Möglichkeiten führt, daher der Satz des alten Handelsgesetzbuchs (vergl. BGB. § 150), derartige Annahmeerklärungen hätten nicht als Annahmeerklärungen sondern als Ablehnungen verbunden mit neuer Offerte zu gelten, durchaus den Anforderungen des Lebens entsprach. Vielleicht dürfte sich nachweisen lassen, daß all diejenigen Geschäfte, welche sicheren Anspruch haben der Rubrik „einseitige Rechtsgeschäfte des BGB." unterstellt zu werden, nähere oder fernere Verwandte der Annahmeerklärungen sind, während wieder andere Akte wie namentlich der einseitige Auftrag, in den Verwandtschaftskreis des Antrages gehören. Selbstverständlich, daß diese Frage der gründlichsten Nachprüfung bedarf.

Doch gleichviel von welcher Beschaffenheit er sei, der Unterschied selber läßt sich nicht aus der Welt schaffen. Und wenn das BGB. für jede „Willenserklärung die einem anderen gegenüber abzugeben ist" verordnet, daß sie in dem Zeitpunkte wirksam werde wo sie dem anderen „zugeht", so ist diese Verordnung schlechthin undurchführbar, es sei denn daß man dem Worte „Zugehen" eine proteische Bedeutung beizulegen habe, die gestattet darunter bald dieses bald jenes zu verstehen. Soll aber das „zugehen" in einem festen Gegensatze wenigstens zu dem „Zurkenntnisgelangen" stehen, so kann die Wirksamkeit von Anträgen, Aufträgen und manchen anderen einem Anderen gegenüber abzugebenden Erklärungen nicht schon mit diesem Zugehen beginnen.

Neuerdings hat Titze (diese Z. 47, 379 f.) die Lehre vom Zugehen behandelt, mit dem Resultat, daß das Zugehen in den Augenblick des Besitzerwerbs zu verlegen sei. Die reiche Kasuistik und die korrekte Entwickelung der aus diesem Grundgedanken, insonderheit auch für das Zugehen des Widerrufs, sich ergebenden Konsequenzen machen die Ausführungen auch

dem schätzbar[10]), der sich zu diesem Grundgedanken nicht bekehren kann. Schade daß Titze nicht auch auf die mehr als gemeines Zugehen erfordernden Willenserklärungen hat sehen mögen, mit seinem Fleiße wäre gerade für diese noch viel zu leisten gewesen. Im übrigen kann man ihm nur darin beistimmen, daß die Kommission beabsichtigt hatte, für die sog. Empfangstheorie (die nur leider selber nicht zur Festlegung einer genauen Grenzlinie durchgedrungen war) und gegen die sog. Vernehmungstheorie sich zu entscheiden, daß aber gleichwohl für das geltende Recht zu versuchen sei den Zeitpunkt des „Zugehens" möglichst nahe an den der Kenntnisnahme heranzulegen. Titzens eigene Lösung empfiehlt sich durch ihre Einfachheit, sie überhebt uns der Mühe zwei zweifelsohne nicht klar darliegende Linien (des Zugehens und des Besitzerwerbs) zu studieren, welche stets nahe aneinander laufen, bald sich schneiden, bald zusammenfallen. Gleichwohl bleibt mir die andere, stellenweis auch dem Absender günstigere Auslegung sympathischer. Zugegangen, selbstverständlich nur da wo ein Zurkenntniskommen nicht vonnöten ist:

erstlich, sobald das Dokument in den Besitz des Anerklärten gelangt und diesem diese Tatsache des Besitzerwerbs zum Bewußtsein gekommen (ich habe den Brief, weiß, daß ich ihn habe, habe ihn aber noch nicht erbrochen);

---

10) Recht bedenklich ist mir die S. 389 gegebene Entscheidung, daß, „wenn der Adressat dem Ueberbringer das Schreiben zwar zunächst aus der Hand nimmt, es ihm aber sofort, nachdem er die absendende Stelle erkannt hat, uneröffnet zurückgibt", das „Zugehen" noch nicht erfolgt sein soll; und zwar ebenso nach meinem eigenen wie nach dem von Titze angenommenen Prinzip. Hat er den fraglichen Brief in die Hand genommen und aus dem Briefumschlag den Absender erkennen können, so hat er auch die tatsächliche Gewalt über das Schreiben bereits erlangt, und das schleunige Aufgeben der Gewalt kann die Tatsache des einmal erlangten Besitzes nicht rückgängig machen.

zweitens, sobald seitens des Absenders alles nach gemeiner Regel zur Zustellung Erforderliche geschehen ist, desgleichen seitens des erkorenen Transportmediums, der Erfolg zu I aber aus Gründen, die lediglich in der Person des Adressaten belegen sind („si per eum stetit, quominus"), ausbleibt. Eine Culpa, Absicht oder auch nur Nachlässigkeit, wäre nicht zu erfordern, plötzlich eingetretene Krankheit könnte genügen das Nichtbewußtwerden dem normalen Bewußtwerden gleich wirken zu lassen. Doch wäre hiermit auch der Gedanke Endemanns (vergl. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1 § 66 Note 23) zu vereinen, daß je nach Umständen auch demjenigen der eine derartige Erklärung zu erwarten hat, die Pflicht aufzuerlegen wäre die Empfangnahme in angemessener Weise vorzubereiten. Auch von dem, der dieser Pflicht nicht entsprochen, müßte das „per eum stetit" gelten. Doch wird auf einen völligen Ausgleich der Meinungen wohl nicht eher zu rechnen sein, bis einmal ein großer Prozeß, einer von den ganz großen (wie Städel, Oppenheim-Weiller, Basler Festungswerke) seinen reinigenden Einfluß geübt haben wird. Oder sollte vielleicht dies verzogene Lieblingskind der Theorie für die Praxis gar nicht die Bedeutung haben, die wir ihm zuschreiben möchten?

Schließlich ist noch eines in der Lehre vom „Zugehen" belegenen wunden Punktes zu gedenken. BGB. § 130 unterscheidet Willenserklärungen „die einem anderen gegenüber abzugeben sind" von allen anderen. Der Gedanke ist gesund, der Ausdruck ungeschickt, und namentlich als Grundlage einer weitergehenden Wortbildung kaum zu brauchen. Dafür haben sich die Ausdrücke „empfangsbedürftige — nicht empfangsbedürftige" Willenserklärungen eingebürgert, deren Schmiegsamkeit wenig zu wünschen läßt. Worte sind Zeichen, und wenn diese Zeichen, an sich brauchbar von aller Welt benutzt werden, was kann da zu rügen sein? Immerhin einiges.

Unsere Sprache steht als System da, und wenn ein neuer Sprachbrauch eingeführt werden soll, muß er sich mit den älteren festgestellten leidlich vertragen. Als die fortschreitende Technik zwei neue Schattierungen des Violett zur Einführung gebracht hatte, konnten diese „Solferino" und „Magenta" getauft werden, sie „Blattgrün" und „Blumengelb" zu heißen wäre unzulässig gewesen. Wie die Erfahrung lehrt, sind derartige unschöne Eindringlinge aus unserer Rechtssprache besonders schwer zu entfernen; von allen Seiten wird geklagt über das „internationale Privatrecht", das jetzt in dem „intertemporalen Privatrecht" eine noch häßlichere Schwester erhalten hat (gibt man den Irrtum Savignys auf, daß jeder Fall nur unter Einem Rechte stehen, sein Recht haben müsse, so war die alte Bezeichnung „Statuten-Kollision", die als „conflict of laws" auch jetzt noch fortlebt, entschieden vorzuziehen); aber niemand hat noch die erforderliche Energie bewiesen Besseres an der Stelle durchzusetzen. Die „empfangsbedürftige Willenserklärung" aber ist genau besehen noch böser: sie sagt das worauf es ankommt nicht, und wirkt geradezu irreleitend.

Das Wort „empfangen" gebrauchen wir in doppeltem Sinne, von aktivem und von passivem Verhalten[11]): „die Stadt hat das siegreiche Heer mit Pomp empfangen" und „das Weib kann auch in der Notzucht empfangen". An die aktive Bedeutung ist hier nicht zu denken; gibt es überhaupt Erklärungen, die einer besonderen Tätigkeit des Adressaten zwecks Empfanges bedürfen, so sind dies sicherlich nicht diejenigen, an welche bei der Abfassung von BGB. § 130 gedacht wurde. Andererseits könnte man sich versucht fühlen in dem Durchdringen zu einem Ziele, und in dem hierin liegenden passiven

11) Wie aus Gradenwitz ersichtlich, kommt das Wort „Empfang" im BGB. sowohl in der rein passiven wie in einer mehr aktiven Bedeutung vor; Beispiele § 108, 2 und 805.

„Empfangenwerden", ein gemeinsames Erfordernis der Wirksamkeit aller Willenserklärungen zu sehen; das eigenhändige Testament das niemand findet, das gerichtlich deponierte das nicht abgeholt wird, bleibt so unwirksam wie ein nicht publiziertes Gesetz. Vielleicht könnte man gar denken, empfangsbedürftig sei, was zur Kenntnis des „Anderen" gelangen müsse, doch gerade dies will § 130 ausschließen. Daß die Erklärung bestimmte Personen, nicht Irgendjemand gleichviel Wen erreichen müsse, sagt der Ausdruck „empfangsbedürftig" nicht.

Er ist also zweifellos nicht genau bezeichnend. Notdürftig könnte man sich hierüber hinwegsetzen, der feststehende Gebrauch habe ihm seine spezielle Bedeutung verliehen. Doch wie gesagt, die Bezeichnung ist auch geradezu falsch, denn das BGB. kennt Willenserklärungen, die niemand zu erreichen brauchen, also gewiß des Empfangs nicht bedürfen, um wirksam zu werden. Denn

1) gibt es, wie wir soeben gesehen, viele Willenserklärungen welche nicht bloß zugehen, sondern überdies auch zur Kenntnis des Adressaten gelangen müssen (Zurkenntnisgelangen ohne „zugehen" dürfte ein schwer zu lösendes Problem sein). Sollen diese des Zugehens und eines weiteren Zurkenntnisgelangens bedürftigen Erklärungen für „nicht empfangsbedürftig" erklärt werden, so bekämen wir „zugehensbedürftige" die zugleich „Empfangs nicht bedürftig" wären, und es schwände damit jede Möglichkeit die Empfangsbedürftigkeit verständlich zu definieren. Heißt man aber die des Zugehens und des Weiteren bedürftigen Erklärungen auch „empfangsbedürftig", so paßt auf sie nicht die Regel des § 130, daß sie schon mit dem bloßen Zugehen perfekt werden. Und

2) kennt das BGB. auch einige Willenserklärungen, bei denen nicht einmal das Zugehen erfordert wird, vielmehr die Absendung genügt, und die also in Wahrheit „nicht empfangsbedürftig" sind.

§ 121: .... Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung rechtzeitig abgesendet worden ist.

Wenn in Plancks Kommentar hierzu bemerkt wird unter 3, dies sei richtig nur, wenn die Anfechtung verspätet, nicht wenn sie überhaupt gar nicht ankomme, so mag dies den in der Kommission vertretenen Anschauungen entsprechen; aber die Kommission war mit keinerlei gesetzgeberischen Befugnissen ausgestattet, Reichstag und Bundesrat brauchten die Gedanken der Kommissionsglieder nicht zu kennen und noch viel weniger mit der Textannahme gutzuheißen, und deshalb sind auch Parteien wie Richter daran nicht gebunden. Könnte aber auch sein, daß der bereits in die „empfangsbedürftige Willenserklärung" hineingewöhnte Kommentarschreiber von gelindem Schauder sich überlaufen fühlte, als er plötzlich eine keines Empfangs bedürftige „empfangsbedürftige Erklärung" vor sich erstanden sah; der Versuch, sie aus der Welt zu tüfteln, lag nahe. Wo aber das Gesetz sagt[12]):

wenn A geschehen ist, gilt B,

da darf niemand herauslesen:

wo A geschehen ist, gilt B bisweilen und gilt bisweilen auch nicht;

---

12) Planck stützt sich darauf, daß die Anfechtung als empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft nach § 130 erst wirksam werde, wenn sie dem Gegner zugeht. Aber wie BGB. das Wort „empfangsbedürftig" nicht kennt, so fehlt in § 130 das „erst". Der Paragraph gibt die allgemeine Regel, daß „eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist" (zweifellos gehört die Anfechtung in diese Gruppe), „in dem Zeitpunkte wirksam" wird, „in welchem sie ihm zugeht". Aber diese Regel ist nichts weniger als ausnahmslos; und wenn feststeht, daß in vielen Fällen die Wirksamkeit nicht schon mit dem Zugehen sondern erst mit dem Zurkenntnisgelangen beginnt, so ist nicht abzusehen, weshalb nicht auch Ausnahmen nach der anderen Seite, Wirksamkeit vor dem Zugehen, Anerkennung finden sollten, da wo die Gesetzesworte dies ausdrücklich gebieten.

wo das Gesetz nur eine Bedingung der Gültigkeit nennt, besteht auch nur eine und darf keine zweite dazu erfunden werden.

Wer unverzüglich abgesandt hat kann darauf bestehen, daß seine Anfechtung als rechtzeitig abgesandt „gelte" d. i. rechtlich wirksam werde; der Richter darf nicht gegen den mit diesem Wortlaut fest gegebenen Sinn des Gesetzes erkennen.

Hierneben kommen Gruppen der Anzeigen (vergl. BGB. §§ 149, 478, 485, 663) und Gruppen der Androhungen (vergl. BGB. §§ 303, 384, 1220, 1234) in Betracht. Man hat den Anzeigen gelegentlich den Charakter der Willenserklärungen abgesprochen; mit Unrecht. Diese Anzeigen sind keine indifferenten Mitteilungen, sie haben feste Rechtsfolgen, die der Anzeigende kennt und will; sie sind also in Wirklichkeit durch die Angabe eines bestimmten Tatbestandes motivierte Willenserklärungen.

Noch mag eines anderen entfernt verwandten Ausnahmefalles gedacht werden. Hier handelt es sich um keine „einem Anderen gegenüber abzugebende Erklärung", zu deren Perfektwerden normalerweise ein Zurkenntnisgelangen gehört. Gleichwohl soll die „Auslobung" (vergl. § 657) ihre verbindliche Kraft auch demjenigen gegenüber beweisen, welcher „nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat".

Daß die Geltung einer Erklärung abhängig gemacht wird nicht von dem Ankommen sondern von der Absendung mag zunächst befremdlich erscheinen, kann aber dennoch auf sehr gutem Grunde beruhen. Die rechtlich wirksamen Tatbestände können von zweierlei Beschaffenheit sein, was besonders deutlich bei den obligatorisch geschuldeten Leistungen hervortritt, vom BGB. aber nicht genügend beachtet ist. Entweder es gehört zum Tatbestande die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, erst mit seinem Eintritt ist geleistet, gezahlt; oder von dem Pflichtigen wird nur erfordert, daß er tue soviel an ihm, eine bestimmte Diligenz prästiere. So gibt es beispielsweise bei der

Actio aus einem Darlehn, im Gegensatze zu allen bonae fidei-Aktionen, und vielleicht noch anderen, keine erforderliche Diligenz, nur die bewirkte Zahlung befreit; daher auch keine „culpa quae veniat in hanc actionem“ nur „mora“, deren Verwirrung mit der „culpa“ ein modernes Versehen ist. Ueberall aber wo culpa zu prästieren ist, bewirkt eine diese ausschließende Diligenz des Schuldners dessen Befreiung, auch wenn der Gläubiger nichts erhält. Nun liegt aber durchaus kein Grund vor, diesen Gegensatz auf das Gebiet der geschuldeten Leistungen zu beschränken, auch draußen sind genug Fälle erfindlich, bei welchen Rechtsfolgen nicht an das Eintreten gewisser Erfolge, sondern an die ehrliche Bemühung der Beteiligten zur Herbeiführung des Erfolges anzuknüpfen ratsam erscheinen mag. Ganz besonders da, wo man wie bei Anzeigen und Androhungen (vergl. BGB. §§ 478, 485, 303, 384, 1220, 1234) auch sonst gewillt ist von dem normalen Tatbestande abzusehen, und einen anderen mit gleicher Wirksamkeit an seine Stelle treten zu lassen. — Die auf die Auslobung bezügliche Vorschrift beruht offenbar auf anderen Grundgedanken, und scheint vornehmlich geeignet, chikanöse Einwendungen des Auslobers abzuschneiden.

Nach alledem ergibt BGB. § 130 die Gliederung:

A. Willenserklärungen die nicht einem anderen gegenüber abzugeben sind;

B. Willenserklärungen „die einem anderen gegenüber abzugeben sind“, und zwar

a) solche deren Wirksamkeit nur eintreten kann, nachdem sie zur Kenntnis desjenigen gelangt sind, an den sie abgegeben worden,

b) solche deren Wirksamkeit nur ein „Zugehen“ erheischt,

c) solche die auch unzugegangen wirksam werden können.

Zu A gehören letztwillige Erklärungen, Stiftungsakte

unter Lebenden, Bekanntmachungen rc., doch könnte schon die genauere Abgrenzung, beispielsweise bei einigen der Erklärungen auf den Todesfall, Schwierigkeiten bereiten. Ebenso scheint fraglich, ob und welche Regeln für alle Geschäfte dieser Art aufzustellen wären, worauf aber hier nicht näher einzugehen ist. Aber auch ohne Beherrschung der Details wird man leicht zu dem Gefühl kommen, daß BGB. mit seiner Unterscheidung (von A und B) einen im Verkehrsleben bestehenden Gegensatz getroffen habe, der nur nicht mit den Ausdrücken „nicht empfangsbedürftig" und „empfangsbedürftig" bezeichnet werden darf, aus den bereits angegebenen Gründen. Eher ließen sich B, b und B, c als empfangsbedürftig und nicht empfangsbedürftig unterscheiden, wozu dann nach dem Vorbild Römischer Leges, B, a als „mehr denn empfangsbedürftige" Erklärungen hinzuzutreten hätten. Mein alter Vorschlag, alle Erklärungen unter B „Anerklärungen" zu nennen, hat wenig Beifall gefunden; ob die Bezeichnungen „adressierte" (für B) und „nicht adressierte" Erklärungen (für A) besser einschlagen werden, mag die Zukunft lehren.

Erst nachdem die vorstehenden Ausführungen bis hierhin gediehen den geplanten Abschluß erreicht hatten, ist mir Isays Abhandlung „Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht" (in dieser Z. 48, 187 f.) zu Gesicht gekommen. Weniger der Zusammenhang des Stoffes, der kein besonders enger ist[18]), als eine gewisse Uebereinstimmung der Tendenz, die ich kurz als ein Streben, durch das BGB. über das BGB. hinauszukommen, bezeichnen möchte, veranlaßt diesen Anhang.

Nach meiner Erinnerung war Brinz der erste, der im Hinblick so auf das Römische wie das Gemeine Recht, die

18) Vergl. aber das zu Anm. 4 Bemerkte.

Zahlbarkeit und die Erzwingbarkeit der Obligation scharf unterschieden hat. Seine späteren Versuche in das Wesen der römischen „obligatio" tiefer einzudringen sind weniger glücklich ausgefallen; beschränktes Quellenstudium in Verbindung mit naturrechtlicher Spekulation war nicht geeignet brauchbare Produkte zu schaffen, und Isay war voll befugt, der Brinzschen „Haftung" eingehende Berücksichtigung zu versagen.

Fassen wir den Gedankengang Isays kurz zusammen: Wir betrachten es heute als selbstverständlich, daß, wenn jemand etwas schuldet, er auch persönlich für die Erfüllung der Schuld haftet.

Diese Auffassung selbst ist aber nichts weniger als selbstverständlich .... Das deutsche Recht hat vielmehr von jeher zwischen Schuld und Haftung, zwischen der Verpflichtung zur Leistung und dem Einstehen für die Erfüllung der Verpflichtung unterschieden.

Die Haftung konnte eine persönliche, oder eine Sachhaftung sein, die persönliche, Haftung des Schuldners oder eines Dritten. Im heutigen Recht enthält die Begründung des Schuldverhältnisses zugleich auch die Begründung der Haftung des Schuldners; aber damit ist doch der Unterschied von Schuld- und Haftungsverhältnis im modernen deutschen Rechte keineswegs ausgetilgt, wir haben Schuldverhältnisse ohne Haftung und Haftungsverhältnisse ohne Schuldverhältnis. Beispiele zu jenem, Schulden aus Spiel und Wette, aus dem Versprechen einer Belohnung für Ehevermittelung, aus Börsentermingeschäft, schließlich „alle Schuldverhältnisse nach der Verjährung des Anspruchs"; beizufügen wären noch gewesen unbedingt Schuld aus formlosem Schenkungsversprechen und bedingt aus formlos übernommener Bürgschaft. Die Eigenart der Haftungsverhältnisse aber tritt besonders da hervor, wo entweder Bürgschaft und Pfand für

zukünftige Forderungen bestellt sind, oder die Haftenden, Person oder Sache, Nichtschuldner sind.

Jeglichen Irrtum fernzuhalten, kehren wir nochmals zur Begriffsbestimmung zurück. Schuldverhältnis: Beziehung des A zum B, nach welcher B an den A leisten soll; im Begriffe dieses Sollens liegt seine Erzwingbarkeit nicht, ist aber aus dem BGB. nach der (nicht ausnahmelosen) Regel des BGB. die Begleiterin von diesem. Haftungsverhältnis: Beziehung von A zu einer anderen Person B, oder zu einer Sache F, die dem A Zwangsgewalt gegen B oder F verleiht, für B und F aber nicht eigentlich verpflichtend (ein Sollen begründend) wirkt. Und zwar besteht dies Sollen für F niemals, für B je nachdem. Wirksam kann jede Haftung nur werden, wenn sie neben einem bereits vorhandenen (nicht bloß zukünftigen) Schuldverhältnis steht; wo aber dieses der Fall ist, da liegt in der Haftung

nicht die Verpflichtung das zu leisten, was nach dem prinzipalen Schuldverhältnis zu leisten wäre,

wohl aber die Verpflichtung für die Leistung dieses prinzipal geschuldeten Etwas einzustehen, d. h.

entweder ein Geldäquivalent als Ersatz für die unterbleibende Leistung der Schuld selber zu leisten

oder einer Zwangsmaßregelung ausgesetzt zu sein, welche ohne Zutun des B den gleichen Betrag aus seinem Vermögen dem A zuführt.

Sind wir soweit einverstanden, so muß ich Isayn meine volle Anerkennung ebenso für die Klarlegung dieser Begriffe wie für den Nachweis aussprechen, daß beide, Schuldverhältnis wie Haftungsverhältnis, auch nach dem BGB. als Gebilde unseres Rechts bestehen. Ob sie als solche auch von den Entwurfskommissionen erkannt worden ist eine andere, schwerlich zu bejahende Frage; aber gerade in dieser Selbständigkeit gegen-

über den Irrlehren, die bei der Herstellung des BGB. mitgewirkt haben, sowie denjenigen, welche neu aus dem BGB. zu einer modernen „communis opinio doctorum“ zu erwachsen drohen, besteht das Verdienst Isays.

Dagegen vermag ich ein anderes Bedenken nicht zu unterdrücken. Er sagt (S. 188) von der modernen Rechtsauffassung, die wir kurz als ein Zusammenwirren der Schuldverhältnisse und der Haftungsverhältnisse bezeichnen wollen:

> das ältere deutsche Recht hat sie bis zuletzt nicht gehabt, und erst durch die Rezeption des römischen Rechts ist sie in das deutsche Rechtsleben eingeführt worden.

Wenn dies wahr ist, so hat die Schuld hieran sicherlich nicht im Römischen Rechte, sondern nur in den Mißverständnissen der Rezipienten gelegen. Denn dieser Gegensatz von Schuld und Haftung, in dem angegebenen Sinne, beherrscht geradezu das Römische Recht, und ist wohl in keinem anderen zu feineren Konsequenzen verarbeitet[14]).

Jede wirkliche „obligatio“ (die „naturalis obligatio“ ist keine solche) ist ein Haftungsverhältnis, dessen zwingende Kraft bei der Haftung der Person („obligatio“ schlechtbin geheißen) auf einer „actio in personam“, bei der Haftung der Sache („obligatio rei“) auf der „A. pignoraticia in rem“ beruht. Solche Haftung entsteht gelegentlich wo noch gar kein Schuld-

---

14) Nur ein Beispiel. fr. 14 § 10 de furt:

An pater, cuius filio commodata res est, furti actionem habeat, quaeritur. et Julianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat: sicut, inquit, is qui pro eo, cui commodata res est fideiussit, non habet furti actionem. neque enim, inquit, is, cuiuscumque interesit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit.

Die Verweigerung der Klage trotz vorhandenem Interesse beruht also lediglich darauf, daß der Nachsuchende zwar in einem Haftungs- aber keinem Schuldverhältnis steht.

verhältnis besteht (actio nascitur ex consensu, beispielsweise bei Mandat oder Sozietät im Augenblick des Abschlusses, oder „quasi ex contractu“ mit der Uebernahme der Vormundschaft). Aehnlich zeugt die Stipulation allemal Haftung, wohl in den seltensten Fällen zugleich mit einem Schuldverhältnis (Beispiel: Promissio donandi causa facta), häufig im Hinblick auf bereits bestehende (sei es daß für klaglose Schulden die erste actio geschaffen werden, sei es daß die neue actio sich neben oder an die Stelle einer älteren setzen soll), sehr oft aber auch um erst später erwachsende Schuldverhältnisse mit der wünschenswerten Erzwingbarkeit auszustatten (Beispiel: stipulationes praetoriae). Aus dem Wesen der Haftung erklären sich auch die gebräuchlichen Stipulationen, bei denen anscheinend kein eigenes Tun (Leistung) des Promittierenden in Aussicht gestellt wird: servum fugitivum non esse, rem non evinci etc., der Promittierende übernimmt ein Einstehen. Während der ganzen Zeit wo die condemnatio pecuniaria herrscht zwingt der Prozeß nur wenn eine „Pecunia certa“ in Frage steht, Realisierung der Schuld selber, sonst immer das haftungsmäßige Einstehen, Beschaffung des Geldäquivalents für die ausgefallene Schuldleistung.

Als Objekte der Haftung sind schon Personen und Sachen genannt; die Personen sind bald auch Objekte des Schuldverhältnisses, bald draußen stehende. Ebenso kann die Berechtigung aus dem Haftungsverhältnis bald dem Schuldgläubiger, bald einem Dritten (z. B. einem Adstipulator) zustehen. Dementsprechend unterscheidet der Sprachgebrauch: „reus credendi“ ist nur wem beide Berechtigungen zustehen („qui suo nomine agere potest“) — „reus debendi oder promittendi“ nur wer in Schuld und in Haftung steht („qui suo nomine tenetur“). Die Richt-rei haften aus ausdrücklicher Haftungsübernahme, als Bürgen, oder ohne solche (Fälle der actiones

adiecticiae), zuweilen wo ein wirklicher Reus fehlt (Sklavenschulden, Bürgen, nachdem der Reus erblos verstorben), zuweilen auf den vollen Betrag der Schuld, zuweilen mit Einschränkung. Aus mehreren Haftungen oder Haftungsberechtigungen wegen gemeinsamer Schuldverhältnisse ergeben sich „duo pluresve rei debendi" („promittendi"), oder „duo pluresve rei credendi" („stipulandi") ꝛc.

Die Frage, ob das Heranziehen derartiger historischer Reminiszenzen für das geltende Recht von Wert sein könnte, wird von Isay schwerlich aufgeworfen werden. Er selber bezieht sich auf das ältere deutsche Recht; anscheinend hat gerade diese Betrachtung ihn dahin geführt, den Verwandten der alten Gebilde im Recht der Gegenwart nachzuspüren. Mit gutem Erfolge, der aber doch einstweilen mehr theoretischer als praktischer Art ist: unmittelbar aus Isays Vortrag wird schwerlich ein konkreter Fall zu einer anderen Entscheidung gelangen als die er auch sonst gefunden hätte. Gleichwohl war der Vortragende sicher nicht gemeint nur die Theorie zu fördern: aber die praktischen Ergebnisse sollen aus dem jetzt Gegebenen erst noch herausgewickelt und ersponnen werden. Und für eben diese Arbeit muß die Vergleichung mit demjenigen Rechte, in welchem die praktischen Folgen der Gegenüberstellung von Haftung und Schuld bereits fertig entwickelt vorliegen, und das auf die Schuldverhältnislehre des BGB. zweifellos noch größeren Einfluß geübt hat, als alles was von älterem deutschen Rechte auf uns herübergekommen ist, den größten Nutzen gewähren. Nicht so, daß wir römische Entscheidungen einfach abschreiben und auf unsere Fälle übertragen dürften, denn zwischen den römischen und unseren heutigen auf das Obligationenrecht bezüglichen Grundanschauungen herrschen unverrückbare Verschiedenheiten, sondern so, wie Vergleichungen überall zu nützen pflegen, die Eigenart jedes Verglichenen zu erschauen und wo erforderlich weiterzubilden.

Kann sein, daß schon dieser Vorstoß Isays weiter trägt, als sein Urheber beabsichtigt hatte. Wird das römische Recht zur Unterstützung benutzt, so dürfte der nächste Erfolg der sein, daß die jetzt nach dem Vorgange Windscheids von vielen angenommene Identifizierung des modernen „Anspruchs" mit der römischen „actio" den Todesstoß erhält. Denn beide sind wesentlich verschieden voneinander: die „actio" allemal ein Haftung schaffendes Zwangsrecht, der „Anspruch" ohne korrespondierendes Leistensollen undenkbar, also schuldbegründend. Das verträgt sich sehr wohl damit, daß gar nicht selten unter der „actio" neben der Zwangskraft auch der durch diese geschützte Anspruch auf Leistung mitverstanden wird, und daß unser Anspruch regelmäßig aber nicht ausnahmelos mit Zwangskraft ausgestattet ist. Denn darin eben besteht der fundamentale Unterschied zwischen dem heutigen und dem klassischen römischen Rechte; bei uns ist die Verschmelzung von beiden, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis das Normale, bei den Römern aber die Trennung; bei uns ist der Anspruch an sich klagbar, bei den Römern nur wenn er als „res qua de agi possit" des Schutzes einer prinzipiell von ihm unterschiedenen „actio" sich zu erfreuen hat[15].

Ist der Anspruch des BGB. erkannt als das was er wirklich ist, der mißlungene Versuch den Gebilden der Gegenwart aus falsch verstandenen Flicken der römischen Rechtslehre ein passend Gewand zu schneidern, so wird man auch vor dem „Schuldverhältnis" (des BGB.) und seiner „Leistung" nicht Halt machen können. Denn das „Schuldverhältnis" ist durchaus nicht immer das gleiche einfache Berechtigtsein „eine Leistung zu fordern", sondern besteht oft genug aus zwei Gliedern, einem Recht und einem Rechtsverhältnis. Nur das Recht geht auf eine echte, bestimmtes positives Tun des Pflichtigen erfordernde

15) Vergl. Z. f. Rgsch. 9, 366 f. Meine Aktionen 1, 15 durchgängig.

Leistung, nur dies ist Vermögensstück, fällt als solches mit in den Konkurs und unterliegt der Verjährung. Das andere Glied fordert zunächst nichts als ein gewisses Verhalten des Schuldners, das dieser ebenso durch positive Handlungen[16] wie durch Unterlassungen verletzen kann, und erst mit der Verletzung entstehen hier Ansprüche auf echte Leistung, die nun auch zum Vermögen gehören und der Verjährung unterliegen[17]. Damit, daß man das Wort „Leistung“ auf dem Prokrustesbett ausspannt, und verschiedene Dinge unter denselben Namen zwängt, lassen sich die in der Tat vorhandenen Verschiedenheiten nicht aus der Welt schaffen.

De his hactenus. Ueber die zuletzt berührten Fragen bei anderer Gelegenheit mehr. Als Lehrer des Gemeinen Rechts hatten wir uns gewöhnt, bei den rezipierten römischen Quellen einen Unterschied anzunehmen, und nur die in ihnen enthaltenen Rechtsgebote, nicht aber die bezeugten Meinungen der Juristen, die römische Doktrin, als für uns verbindlich zu betrachten. Aehnlich wird man wohl auch bald bei dem BGB. Gebote, die unantastbar sind[18], und doktrinelle Auslassungen, die wir unbeachtet lassen dürfen[19], einander gegenüberstellen.

16) Ueber die Miseren die der modernen Praxis aus der dem BGB. zu Grunde gelegten schiefen Auffassung dieser Verhältnisse erwachsen vergl. Lehmann, ArchCivPrax. 96, 60 f.

17) Ein gutes Beispiel hierzu bietet das oben besprochene Verhältnis des Gutsherrn zum Gutsverwalter. Daß dieser verwalte, und darum vieles tue was hierzu gehört und manches unterlasse, bildet den Inhalt des bleibenden Rechtsverhältnisses; dies kann aber als solches weder eingeklagt noch in den Konkurs gezogen werden. Anders, sobald der Verwalter Gelder eingenommen hat die an mich auszuzahlen wären, oder sich selber durch Verletzung der ihm obliegenden Sorg'alt, gleichviel ob durch Tun oder Unterlassen, mir zahlungspfl:chtig gemacht hätte.

18) Beispielsweise BGB. §§ 407 und 408.

19) Beispielsweise BGB. § 398.

II.

Die außergerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede.

Von Gerichtsassessor Sahm in Anklam.

In der gemeinrechtlichen Wissenschaft [1]) und auch in der Literatur des BGB. gilt als herrschende Ansicht, daß die Einrede der Verjährung mit Wirksamkeit nur im Prozesse von dem Beklagten geltend gemacht werden könne. Die Richtigkeit dieser Ansicht für das Gemeine Recht wird zugegeben. Im folgenden soll untersucht werden, ob dieser Satz auch für das BGB. gilt.

I.

Um das Wesen der Einrede der Verjährung zu verstehen, ist es erforderlich, zunächst auf den Gegenstand der Verjährung einzugehen. Der Verjährung des BGB. unterliegt der „Anspruch"; denn § 194 Abs. 1 bestimmt:

> Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.

Der diesen Paragraphen enthaltende Abschnitt des BGB. war im ersten Entwurf mit „Anspruchsverjährung" überschrieben. Die Ueberschrift ist später im Gesetz — lediglich aus redaktionellen Gründen — in „Verjährung" umgeändert. Zu diesem Begriff der Anspruchsverjährung sagen die Motive (S. 289, 290) folgendes:

1) Heymann, Das Vorschützen der Verjährung, Breslau 1895, 143.

„Der Ausdruck Anspruchsverjährung ist nicht der gemeinübliche; mitunter findet sich die Bezeichnung Rechtsverjährung oder Schuldverjährung, zumeist die Bezeichnung Klageverjährung. Gegen den Ausdruck Rechtsverjährung spricht, daß die in Frage stehende Verjährung das dingliche Recht unberührt läßt; gegen den Ausdruck Schuldverjährung, daß unter Schuld gewöhnlich nur die dem Forderungsrechte entsprechende Verbindlichkeit verstanden wird. Der Ausdruck Klageverjährung dagegen legt das Mißverständnis nahe, daß das spezifische Moment der Klagebefugnis den Gegenstand der Verjährung bilde. Die Verjährung richtet sich nicht gegen die prozessuale Zuständigkeit der gerichtlichen Verfolgung, sondern gegen die Berechtigung selbst. Die von dem Entwurfe gewählte Bezeichnung hat den Vorzug, letzteres von vornherein klarzustellen."

Trotz der von vielen Seiten hiergegen geübten Kritik ist im Gesetz der Begriff der Anspruchsverjährung beibehalten worden. Damit ist der Begriff des „Anspruchs" in das BGB. gekommen. Er ist durch Windscheid[1]) als technischer Ausdruck in die Rechtswissenschaft eingeführt und greift zurück auf die römische actio. Die actio hatte entsprechend ihrer geschichtlichen Entwickelung einen doppelten Charakter: materiell war sie „ein selbständiger Ausdruck des Rechts oder vielmehr des Rechtsanspruchs"[2]), prozessual war sie „die Befugnis, seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen"[3]). Diesen römischen Begriff der actio nach der materiell-rechtlichen Seite hin hat Windscheid durch den „Anspruch" ersetzt. „Man darf nicht sagen, die römische actio sei unser Anspruch; in dem Begriff actio wird ein Element mitgedacht, welches in unserem Begriff Anspruch nicht enthalten ist, das Element des Gerichts,

1) Die actio des römischen Zivilrechts.
2) Windscheid, a. a. O., Vorwort III.
3) Windscheid, a. a. O. 3.

des gerichtlichen Gehörs und des gerichtlichen Schutzes, der Möglichkeit der Erlangung richterlicher Zuerkennung für das Begehren, welches man hat"[1]). Ueber die Berechtigung und das Wesen des Anspruchs ist seitdem ein lebhafter Streit entbrannt. Die Verfasser des BGB. haben geglaubt, daß sie diesen Streit beendigen würden, indem sie den Begriff des Anspruchs in das Gesetz aufnahmen und ausdrücklich in § 194 bestimmten als das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Es hat aber das Gegenteil stattgefunden; der Streit ist auf der ganzen Linie um so lebhafter geworden. Hier kommt vor allem in Frage, ob der Anspruch des BGB. ein rein materiell-rechtlicher Begriff ist, oder ob er auch prozessuale, öffentlich-rechtliche Bestandteile hat.

Dafür, daß der Anspruch ein rein materiell-rechtlicher ist, spricht besonders die im BGB. wiedergegebene Grundauffassung des heutigen Rechts. Das Gesetz steht im Gegensatz zum römischen Recht auf dem Boden einer strengen Sonderung des Privatrechts von dem öffentlichen Recht. Der Entwurf enthielt noch Bestimmungen über die Grenzgebiete zwischen bürgerlichem Recht und Zivilprozeß (§ 190—198 Beweislast, Rechtskraft). Mit Absicht sind dann diese Vorschriften als in das Prozeßrecht gehörig nicht in das Gesetz aufgenommen. Es ist durch das BGB. „eine feste Grenze zwischen Privat- und Prozeßrecht gezogen"[2]). Gegen dieses Prinzip, das für die weitere Entscheidung unserer Frage von wesentlicher Bedeutung ist, spricht nicht der Umstand, daß trotzdem prozessuale Bestimmungen in das Gesetz aufgenommen sind. Wo dies geschehen ist, da sind diese Vorschriften auch ausdrücklich als prozessuale gekennzeichnet. Aus dieser Grundauffassung folgt aber in Ver-

1) Windscheid-Kipp, Pandekten, § 44.

2) Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Vorwort VIII; Fischer, Recht und Rechtsschutz 8.

bindung mit der Begriffsbestimmung des Anspruchs im § 194, daß der Anspruch des BGB. ein rein materiell-rechtlicher Begriff ist. Dies ist auch von den meisten Schriftstellern als unbedingt richtig anerkannt. Es seien hier nur angeführt:

Hanausek (Verhandlungen des XX. Deutschen Juristentages 309):

„Ein bleibendes Verdienst der Windscheidschen Anspruchstheorie erblicke ich darin, daß sie uns gelehrt hat, das subjektive Privatrecht von jeder prozessualen Zutat loszulösen und in seiner Reinheit zu betrachten."

Staudinger (Kommentar zum BGB. 458):

„Das BGB. steht ganz auf dem Boden der Windscheidschen Auffassung. Die in letzter Stunde veröffentlichte Kritik hat im Gesetze keine Berücksichtigung gefunden."

Crome, System des Bürgerlichen Rechts 1 § 35, S. 178:

„Anspruch im hier allein in Betracht kommenden Sinne ist die rechtliche Zuständigkeit, Befugnis zum Ansprechen, also die materiell-rechtliche Befugnis, von einem anderen eine gewisse Leistung zu verlangen."

Trotzdem also der Anspruch ein materieller Begriff ist, haben namhafte Schriftsteller die Ansicht aufgestellt, daß der Anspruch begrifflich das Klagerecht in sich schließe, oder auch daß Anspruch und Klagerecht identisch seien [1]). Diese Ansicht ist nicht berechtigt. Im Klagerecht sind zwei voneinander verschiedene Begriffe zu trennen: einmal das sog. publizistische Klagerecht, d. h. das Recht, abgesehen von jeder materiellen Befugnis, eine Klage zu erheben; dieses kommt hier nicht in Frage. Ferner versteht man unter Klagerecht „das Recht des Klägers auf ein ihm günstiges Urteil gegen den Beklagten" [2]),

1) Dernburg, Allgemeine Lehren des BGB. 1, 107; Enneccerus-Lehmann, BGB. § 124^IV.

2) Dernburg, Pandekten 1 § 127.

„ein Recht zu erfolgreicher Klagerhebung“ [1]). Auf dieses Klagerecht bezieht sich die erwähnte Gleichstellung. Endemann kommt zu dem Ergebnis, daß „in dem Anspruche zwei Rechtselemente auseinandertreten: das materielle Recht zur Geltendmachung einer Forderung und der hierfür zu gewährende erfolgreiche gerichtliche Rechtsschutz“. Hieraus ergibt sich aber, daß das Klagerecht eine mit dem Privatrecht verbundene öffentlich-rechtliche Befugnis ist. Diesen Charakter des Klagerechts hat Wach in seinem „Feststellungsanspruch“ überzeugend nachgewiesen. Ist aber das Klagerecht ein öffentlich-rechtliches Institut, dann kann es auch nicht identisch sein mit dem materiellen Anspruch des Privatrechts. „Der Rechtsschutzanspruch oder, wie wir auch zu eng sagen, das Klagerecht ist nicht das subjektive Privatrecht, geschweige denn der zivilistische Anspruch.“ Es sind also die beiden von Endemann in den Anspruch hineingelegten Rechtselemente streng zu sondern. Mit Recht wird von Goldmann-Lilienthal darauf hingewiesen, daß Endemann hiermit der dem BGB. zu Grunde liegenden Auffassung wenig gerecht werde, und daß seine Definition des Anspruchs zum mindesten nicht die des Gesetzes sei. Ebenso sagt Hölder [2]): „Bezüglich des Klagerechts ist bestritten sein Verhältnis zu dem durch seine Ausübung geltend gemachten Privatrecht. In Wirklichkeit ist es weder mit diesem identisch noch ein Bestandteil noch eine Konsequenz desselben, sondern ein um des Privatrechts bestehendes öffentliches Recht, durch das jenes eine öffentlich-rechtliche Realisierung seines Inhalts erfährt.“

Neuerdings ist von einigen Schriftstellern der Satz aufgestellt, daß der Anspruch des BGB. begrifflich die Erzwing-

1) Endemann, Lehrb. des Bürgerl. Rechts § 86 S. 451.
2) Kommentar z. BGB. § 194 Anm. 1.

barkeit in sich schließe. So sagt Hölder[1]): „Im Wesen des Privatrechtsanspruchs liegt seine Durchsetzbarkeit"; Bolze[2]): „Die Erzwingbarkeit ist eines der den Anspruch charakterisierenden Momente." Auch diese Ansichten verstoßen gegen den Grundsatz des BGB., im Anspruche einen rein materiellen Begriff zu schaffen. Im Einklang hiermit weist Langheineken[3]) diese Meinungen treffend also zurück: „Grundsätzlich spricht gegen diese Auffassung schon der Umstand, daß die zwangsweise Durchsetzbarkeit ein rein prozessuales Moment ist, also nicht zur Charakterisierung eines materiellrechtlichen Begriffes dienen kann; so dürfte ein Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens zweifellos bestehen (vergl. §§ 1353, 1361 Abs. 1, 1567 Abs. 2 BGB.; § 606[1] ZPO.) und ebenso ein Anspruch auf Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage, trotzdem das Prozeßgesetz ihre zwangsweise Durchsetzbarkeit ausschließt (ZPO. § 888[2])."

Der Anspruch ist also ein materieller Begriff, frei von prozessualem Beimerk. Nur der dieser Begriffsbestimmung entsprechende Anspruch unterliegt der Verjährung. Es ist daher irrig, wenn die Ansicht aufgestellt ist, daß die Verjährung des BGB. nichts anderes sei als ein neuer Name für die alte Klageverjährung. Denn Klageverjährung bedeutet Verjährung des Klagerechts. Klagerecht und Anspruch sind aber begrifflich verschieden. In der Bezeichnung Klageverjährung spricht ein prozessuales Moment mit, das nicht in die Verjährung des BGB. hineingehört. Diese ist als Anspruchsverjährung ein materiell-rechtliches Institut[4]).

Im Prinzip stimmt mit der hier entwickelten Ansicht auch

1) Z. f. Zivilprozeß 29, 58.
2) Gruchots Beiträge 46, 761.
3) Anspruch und Einrede 23.
4) Fischer, Recht und Rechtsschutz 81.

Dernburg überein; denn er sagt[1]): „Die Bezeichnung Anspruchsverjährung stammt von Windscheid. Er erachtete, daß das moderne bürgerliche Recht ein System von Rechten und Ansprüchen bilde; Klagerechte gehören daher nicht in dessen System, also keine Klageverjährung. Abstrakte Rechtsnormen allein galten Windscheid als dem Privatrecht angehörig; was in das Gebiet ihrer praktischen Bedeutung fiel, sollte anderen Disziplinen überwiesen werden. Dies fand Beifall. Es wurde von der Redaktionskommission und von dem BGB. adoptiert."

Das Ergebnis der bisherigen Betrachtungen ist:

Im BGB. ist der Anspruch entgegen dem Begriffe der römischen actio ein rein materiell-rechtlicher Begriff; die Verjährung des BGB. ist keine Klagenverjährung, sondern eine Anspruchsverjährung.

II.

Die entscheidende Bestimmung über die Einwirkung der vollendeten Verjährung auf den Anspruch gibt § 222 Abs. 1 BGB.:

> Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern.

Wie schon im Gemeinen Rechte über die Wirkung der Verjährung und deren Berücksichtigung im Prozeß ein berühmter Streit herrschte, so hat auch diese Bestimmung des BGB. reichlichen Streitstoff erzeugt. In enger und unzertrennlicher Verbindung mit diesem Streit steht der über die „Einrede" des BGB. Die über diese beiden Punkte vorhandenen Ansichten greifen fast sämtlich auf die Vorgeschichte des § 222 und die Motive zurück; es sollen daher diese hier zunächst wiedergegeben werden.

1) Dernburg, Bürgerliches Recht 1, 509.

Der I. Entwurf sagte im § 182 (§ 222):

„Nach Vollendung der Verjährung steht dem Anspruche eine Einrede entgegen, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen ist."

Diese Fassung ist mit einer geringfügigen Aenderung im II. Entwurf beibehalten und in dem revidierten Schlußentwurf im § 217 in die jetzige Fassung des § 222 abgeändert worden. Diese veränderte Fassung hat jedoch lediglich redaktionelle Bedeutung: auch unter der Berechtigung, die Leistung zu verweigern, ist eine Einrede zu verstehen, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen ist[1]). Hierüber herrscht kein Streit.

Die Motive zum § 182 sagen folgendes (S. 341):

„Die Wirkung der vollendeten Verjährung ist keine unmittelbare. Der in ihr liegende Schutz vor Behelligung mit einem veralteten Anspruche wird nur gewährt, soweit ein Bedürfnis vorhanden ist. Macht der als Verpflichteter in Anspruch Genommene vom gebotenen Schutze keinen Gebrauch, so liegt kein Grund vor, ihn aufzudrängen . . . . Im Gemeinen Recht legt man der vollendeten Verjährung die Wirkung bei, daß sie eine peremtorische Einrede begründet. Der Entwurf schließt sich im Abs. 1 dem letzteren Rechte an. Der Begriff der materiell-rechtlichen Einrede, welche dem Entwurfe auch sonst geläufig ist, gewährt eine feste Kategorie, welche jeder Unklarheit vorbeugt und die Zweifel ausschließt, zu welchen die Fassung einzelner Gesetze Anlaß gegeben hat."

Ob dieser letzte Satz berechtigt ist, wird die weitere Untersuchung zeigen. Das jedenfalls ist unbestritten, daß durch § 222 eine sog. ausschließende Einrede und nicht mehr gewährt ist. Damit ist die Streitfrage des bisherigen Rechts, ob die Ver-

1) Friedenthal, Einwendung und Einrede 51; Heymann, Das Vorschützen der Verjährung 156.

jährung von Amts wegen zu berücksichtigen ist, dahin entschieden, daß die vollendete Verjährung nur dann zu berücksichtigen ist, wenn der Verpflichtete die Leistung wegen eingetretener Verjährung verweigert hat. Damit also die Wirkung der Verjährung eintritt, bedarf es der ausdrücklichen Geltendmachung der Einrede der Verjährung. Wie diese Einrede zu erheben ist, soll die folgende Untersuchung zeigen.

In den Motiven ist diese Frage klar entschieden; denn dort heißt es (S. 359): „Der Begriff der materiell-rechtlichen Einrede wird vom Entwurfe festgehalten, obwohl er mannigfache Anfechtung erfahren und namentlich vom rechtsgeschichtlichen Standpunkte bekämpft worden ist. Es muß die Regelung zulässig sein, daß ein Umstand einen Anspruch nicht von Rechts wegen in seiner Entstehung hindert oder wieder aufhebt, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewährt, die Befriedigung des an sich begründeten Anspruchs, sei es zur Zeit oder der Person nach, sei es für immer ablehnen zu dürfen. In wirtschaftlicher Hinsicht ist allerdings ein Anspruch, dem eine seine Geltendmachung dauernd ausschließende Einrede entgegensteht, einem nicht bezw. nicht mehr vorhandenen Anspruche gleichwertig. Rechtlich besteht aber eine erhebliche Verschiedenheit, die namentlich in zweifacher Hinsicht von praktischer Bedeutung ist. Einmal kann die Möglichkeit der Entkräftung des mit einer Einrede behafteten Anspruchs wegfallen, insbesondere kann auf die Aufhebung verzichtet werden. Sodann wirkt die Einrede nur, wenn der Verpflichtete sich auf sie beruft. Rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen müssen vom Richter berücksichtigt werden, nicht bloß wenn der Beklagte sie geltend macht, sondern auch dann, wenn sie durch den klägerischen Vortrag in das Streitmaterial gelangen. Einredetatsachen können dagegen, auch wenn sie im Streitmaterial liegen, richterliche Beachtung nur finden, wenn der Beklagte sie

5*

durch Anrufung in Wirksamkeit setzt. In beiden Beziehungen steht das Einrederecht im wesentlichen unter den gleichen Grundsätzen wie das Anfechtungsrecht. Das letztere unterscheidet sich aber vom ersteren nach dem Entwurf dadurch, daß die Anfechtung ein einseitiges, den Anfechtenden bindendes Rechtsgeschäft ist, das sowohl im Prozesse als außerhalb desselben erfolgen kann, sowie dadurch, daß mit der Anfechtung der Anspruch aufgehoben ist, während die Einrede nur im Prozesse mit Erfolg geltend gemacht werden kann und sich nicht gegen den Bestand des Anspruchs, sondern gegen dessen Durchsetzung richtet."

Die genaue Wiedergabe der Motive rechtfertigt sich daraus, daß alle Schriftsteller, die der Einrede der Verjährung den in den Motiven dargestellten Charakter geben, mehr oder weniger auf die Motive Bezug nehmen, so daß damit eine Wiedergabe ihrer Begründung erspart wird. Hier ist die Frage zu untersuchen, ob die Motive Gesetz geworden sind, oder genauer, ob im Gegensatz zu den Motiven die Einrede der Verjährung des BGB. auch außergerichtlich wirksam erhoben werden kann.

III.

Die praktische Bedeutung der außerprozessualen Geltendmachung der Verjährungseinrede wird sich vorzugsweise im Prozesse zeigen. Entweder kann der Beklagte darauf hinweisen, daß er bereits außergerichtlich die Einrede erhoben hat, oder der Kläger selbst trägt in der Klage vor, daß zwar der Beklagte bereits vor Klagerhebung die Leistung unter Berufung auf die eingetretene Verjährung verweigert habe, daß aber der Kläger die sonstigen Voraussetzungen der Verjährung nicht für gegeben erachte. Ein solcher Fall der sog. antizipierten Replik ist sehr wohl denkbar. Hölder[1]) erwähnt als Beispiel, daß

1) Hölder, Kommentar z. BGB., Allg. Teil, § 222 Anm. 1b S. 449.

aus der vom Kläger zur Begründung seines Anspruchs vorgelegten Korrespondenz sich ergäbe, daß nicht nur die Verjährung eingetreten, sondern auch schon wegen derselben die Leistung vom Beklagten verweigert sei. Nimmt man nun als richtig an, daß die Einrede außergerichtlich mit rechtlicher Wirksamkeit erhoben werden kann, so dürfte der Richter, der im Gegensatz zum Kläger die übrigen Voraussetzungen der Verjährung als vorliegend erachtet, gegen den abwesenden Beklagten kein Versäumnisurteil erlassen, sondern müßte die Klage abweisen, weil das Vorbringen des Klägers den Klagantrag nicht rechtfertigt.

Für die Entscheidung unserer Streitfrage, die — wie gezeigt — auch für die Praxis von Bedeutung ist, ist zunächst zu untersuchen, ob die Normen des Privatrechts oder des Prozeßrechts Anwendung finden. Die Fassung der Frage legt jedenfalls den Gedanken nahe, daß es sich um eine prozessuale Frage handle, so daß die Zivilprozeßordnung Auskunft geben müßte. Es spricht dafür anscheinend auch die Bezeichnung „Einrede“. Allein weder die Zivilprozeßordnung selbst gibt irgend eine ausdrückliche Bestimmung noch läßt sich aus den ihr zu Grunde liegenden Prinzipien die Antwort entnehmen. Weder die Verhandlungsmaxime noch der Begriff der „Einrede im prozessualen Sinne“ geben Aufschluß. Das Prozeßrecht schreibt nicht vor, wie die Einrede erhoben werden muß. Darüber kann nur das materielle Recht Auskunft geben; die Frage ist eine privatrechtliche [1]).

Die Einrede im Sinne des BGB. ist wie der Anspruch ein materiell-rechtlicher Begriff [2]). Das Gesetz gibt zwar keine Definition des Begriffes Einrede. Es wird aber, wie sich aus

---

1) Fischer, Recht und Rechtsschutz 99 Anm. 3; Heymann, Das Vorschützen der Verjährung 5 ff.

2) Hölder, ArchCivPrax. 93, 2; Crome, System des Bürgerl. Rechts 112.

den im Gesetz geregelten Fällen ergibt, und wie es in der Literatur auch unstreitig ist, damit das Recht oder die Berechtigung bezeichnet, die geschuldete Leistung aus einem bestimmten Grunde zu verweigern. Wenn daher § 222 BGB. sagt, daß nach Vollendung der Verjährung der Verpflichtete berechtigt ist, die Leistung zu verweigern, so bestimmt es damit, daß dem Verpflichteten die Einrede der Verjährung zusteht.

Hellwig[1]) hebt zutreffend hervor, daß bei der Einrede dreierlei zu unterscheiden ist:

1) die Einredetatsache, d. h. der Umstand, der das Leistungsweigerungsrecht begründet;

2) das Leistungsweigerungsrecht selbst;

3) das Einredevorbringen.

Von den Einredetatsachen kann hier abgesehen werden. Im folgenden soll zunächst das Wesen des Leistungsweigerungsrechts (Nr. 2) festgestellt werden, und hieraus die Schlußfolgerung für Nr. 3, das Einredevorbringen, gezogen werden.

Die Einrede gibt dem Verpflichteten die Berechtigung, die Leistung zu verweigern. Wie sich aus der Verbindung von § 194 und § 241 ergibt, steht dieses Leistungsweigerungsrecht dem Anspruch gegenüber. Daß diese Auffassung richtig ist, geht aus anderen Stellen des Gesetzes klar hervor. (Z. B. § 813: Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruche eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde.) Ist aber der Anspruch des BGB. ein rein privatrechtlicher, so ist auch die ihm gegenüberstehende Einrede in ihren Voraussetzungen und Wirkungen das Gleiche.

„Der legislatorische Zweck, der mit den Gegenrechten er-

1) Hellwig, Anspruch und Klagrecht 8.

reicht werden soll, ist der, zu bewirken, daß gewisse Umstände den Bestand eines Anspruchs zwar nicht unmittelbar beeinflussen, vielmehr es in den Willen des Verpflichteten stellen, die betreffenden Umstände in diesem Sinne wirken zu lassen"[1]).

Zweifelhaft ist nur die Frage, wie dieser Wille des Verpflichteten erklärt werden kann. Die Motive zum BGB. entscheiden diese Frage zwar mit großer Bestimmtheit dahin, daß dies nur im Prozesse durch den Beklagten geschehen könne. Damit ist auch das wiedergegeben, was bisher in Theorie und Praxis als unstreitig galt. Es ist deshalb aber noch nicht gesagt, daß dieser Grundsatz auch für das Recht des BGB. gilt. Es muß allerdings zugegeben werden, daß der Normalfall der Geltendmachung der Einrede die Erhebung im Prozesse durch den Beklagten ist und bleiben wird. Aber daraus darf man nicht, wie Friedenthal[2]) es tut, schließen, daß die Einrede nur im Prozeß erhoben werden kann. Daß dies wirksam auch außergerichtlich geschehen kann, soll im folgenden gezeigt werden:

Aus dem Grundsatz, daß das BGB. auf dem Boden einer strengen Sonderung des Privatrechts von dem Prozeßrecht steht, und daraus, daß die Einrede dem materiell-rechtlichen Anspruche entgegensteht, ergibt sich als weitere Folge, daß die prozessuale Geltendmachung der Einrede nicht erforderlich ist. Langheineken[3]) wendet sich gegen die Verbindung des Anspruchs mit der zwangsweisen Durchsetzbarkeit in den bereits erwähnten Worten: „Grundsätzlich spricht gegen diese Auffassung schon der Umstand, daß die zwangsweise Durchsetzbarkeit ein rein prozessuales Moment ist, also nicht zur Charakterisierung eines materiell-rechtlichen Begriffes dienen kann." Wenn derselbe

1) Friedenthal, Einwendung und Einrede 56.
2) Friedenthal, a. a. O. 62.
3) Langheineken, a. a. O. 23.

Langheineken[1]) dann an einer anderen Stelle behauptet, daß das Einrederecht nur dann vom Richter zu berücksichtigen ist, wenn die Partei es im Prozesse vorgeschützt hat, so kann man ihm die gleichen Worte entgegenhalten: Grundsätzlich spricht gegen diese Auffassung schon der Umstand, daß die ausschließliche Geltendmachung der Einrede durch den Beklagten im Prozeß ein rein prozessuales Moment ist, also nicht zur Charakterisierung eines materiell-rechtlichen Begriffes dienen kann.

Hiermit sind auch die Ausführungen von Staffel[2]) widerlegt, deren Ergebnis im folgenden Satze zusammengefaßt ist:

„Wie das Klagerecht das dem Anspruch innewohnende Recht auf ein dem Kläger günstiges Urteil gegenüber dem Beklagten, so ist das Einrederecht das Recht auf richterlichen Schutz gegen den Versuch der Erzwingung des Gläubigerrechts; weil der Schuldner dieses Recht hat, darum hat er die Möglichkeit, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern."

Der Anspruch kann gerichtlich und außergerichtlich geltend gemacht werden. Wenn das Gesetz gerichtliche Geltendmachung für erforderlich erachtet, dann hebt es dies besonders hervor (z. B. §§ 561, 801; weitere Ausführungen siehe bei Langheineken, a. a. O. 337). Diesem gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machenden Anspruche steht die Einrede gegenüber. Es ist nicht erfindlich, warum grundsätzlich nur die Einrede gerichtlich geltend gemacht werden könnte. Ist doch „der Begriff des zivilen Anspruchs innig verknüpft mit dem Begriffe der materiellen Einrede"[3]). Würde das Erfordernis der prozessualen Geltendmachung der Einrede durch den Be-

1) a. a. O. 351.
2) Sächsisches Archiv 10, 670.
3) a. a. O. Vorwort VII.

klagten bestehen, dann müßte es durch positive Vorschriften des BGB. oder der ZPO. geschaffen sein. Durch das Erfordernis der prozessualen Geltendmachung würde aus der Einrede ein prozessuales Institut.

Schon die Bezeichnung „Recht“ oder „Berechtigung“, eine Leistung zu verweigern, deutet darauf hin, daß der Verpflichtete selbstständig, ohne daß ein Prozeß schwebt, die Leistung durch beliebige Erklärung wirksam verweigern kann, so daß die Ausübung des Einrederechts als eine Art Selbsthilfe erscheint. Hat man ein Recht, die Leistung zu verweigern, dann muß auch die Möglichkeit bestehen, dieses Recht auszuüben.

Staudinger, der zwar für die Einrede deren prozessuale Geltendmachung fordert, sagt aber trotzdem[1]: „Die Verwirklichung privater Rechte überläßt die Rechtsordnung grundsätzlich dem Interessenten selbst. Sie kann es ihm aber, soll der allgemeine Rechtsfriede gewahrt werden, nicht überlassen, zum Zwecke der Verwirklichung gegen die Rechtsgenossen mit Zwang vorzugehen. Wer ohne Anwendung von Zwang sein Recht nicht durchsetzen kann, muß die zur Feststellung der Zwangsberechtigung und zur Ausübung des Zwanges berufenen Organe anrufen. Die Normierung des dabei zu beobachtenden Verfahrens ist nicht Aufgabe einer Privatrechtsordnung, sondern des öffentlichen Rechts, vornehmlich des Prozeßrechts.“

Nur in voller Uebereinstimmung mit diesen Grundsätzen wird hier das Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung der Einrede angegriffen.

Es enthält nun zwar das BGB. keine Bestimmung darüber, in welcher Form die Einrede außergerichtlich geltend zu machen ist. Allein hieraus darf nicht der Schluß gezogen werden, daß die außergerichtliche Geltendmachung

---

1) Staudinger, Kommentar z. BGB. 509.

Langheineken[1]) dann an einer anderen Stelle behauptet, daß das Einrederecht nur dann vom Richter zu berücksichtigen ist, wenn die Partei es im Prozesse vorgeschützt hat, so kann man ihm die gleichen Worte entgegenhalten: Grundsätzlich spricht gegen diese Auffassung schon der Umstand, daß die ausschließliche Geltendmachung der Einrede durch den Beklagten im Prozeß ein rein prozessuales Moment ist, also nicht zur Charakterisierung eines materiell-rechtlichen Begriffes dienen kann.

Hiermit sind auch die Ausführungen von Staffel[2]) widerlegt, deren Ergebnis im folgenden Satze zusammengefaßt ist:

„Wie das Klagerecht das dem Anspruch innewohnende Recht auf ein dem Kläger günstiges Urteil gegenüber dem Beklagten, so ist das Einrederecht das Recht auf richterlichen Schutz gegen den Versuch der Erzwingung des Gläubigerrechts; weil der Schuldner dieses Recht hat, darum hat er die Möglichkeit, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern."

Der Anspruch kann gerichtlich und außergerichtlich geltend gemacht werden. Wenn das Gesetz gerichtliche Geltendmachung für erforderlich erachtet, dann hebt es dies besonders hervor (z. B. §§ 561, 801; weitere Ausführungen siehe bei Langheineken, a. a. O. 337). Diesem gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machenden Anspruche steht die Einrede gegenüber. Es ist nicht erfindlich, warum grundsätzlich nur die Einrede gerichtlich geltend gemacht werden könnte. Ist doch „der Begriff des zivilen Anspruchs innig verknüpft mit dem Begriffe der materiellen Einrede" [3]). Würde das Erfordernis der prozessualen Geltendmachung der Einrede durch den Be-

1) a. a. O. 351.
2) Sächsisches Archiv 10, 670.
3) a. a. O. Vorwort VII.

klagten bestehen, dann müßte es durch positive Vorschriften des BGB. oder der ZPO. geschaffen sein. Durch das Erfordernis der prozessualen Geltendmachung würde aus der Einrede ein prozessuales Institut.

Schon die Bezeichnung „Recht" oder „Berechtigung", eine Leistung zu verweigern, deutet darauf hin, daß der Verpflichtete selbstständig, ohne daß ein Prozeß schwebt, die Leistung durch beliebige Erklärung wirksam verweigern kann, so daß die Ausübung des Einrederechts als eine Art Selbsthilfe erscheint. Hat man ein Recht, die Leistung zu verweigern, dann muß auch die Möglichkeit bestehen, dieses Recht auszuüben.

Staudinger, der zwar für die Einrede deren prozessuale Geltendmachung fordert, sagt aber trotzdem[1]): „Die Verwirklichung privater Rechte überläßt die Rechtsordnung grundsätzlich dem Interessenten selbst. Sie kann es ihm aber, soll der allgemeine Rechtsfriede gewahrt werden, nicht überlassen, zum Zwecke der Verwirklichung gegen die Rechtsgenossen mit Zwang vorzugehen. Wer ohne Anwendung von Zwang sein Recht nicht durchsetzen kann, muß die zur Feststellung der Zwangsberechtigung und zur Ausübung des Zwanges berufenen Organe anrufen. Die Normierung des dabei zu beobachtenden Verfahrens ist nicht Aufgabe einer Privatrechtsordnung, sondern des öffentlichen Rechts, vornehmlich des Prozeßrechts."

Nur in voller Uebereinstimmung mit diesen Grundsätzen wird hier das Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung der Einrede angegriffen.

Es enthält nun zwar das BGB. keine Bestimmung darüber, in welcher Form die Einrede außergerichtlich geltend zu machen ist. Allein hieraus darf nicht der Schluß gezogen werden, daß die außergerichtliche Geltendmachung

1) Staudinger, Kommentar z. BGB. 509.

überhaupt unmöglich ist. Die Motive setzen allerdings die Anfechtung und Aufrechnung in Gegensatz zu den Einreden dadurch, daß sie hervorheben, jene beiden Rechte könnten auch außergerichtlich geltend gemacht werden. Dem entspricht auch, daß das Gesetz bestimmt: die Anfechtung (die Aufrechnung) erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil (§§ 143, 388). Die Einrede bedeutet: das Recht, aus einem bestimmten Grunde eine Leistung zu verweigern. Was heißt „eine Leistung verweigern"? Nichts anderes als: ich erkläre, daß ich nicht leisten werde und zwar demgegenüber, der den Anspruch hat. Die Einrede ist demnach eine einseitige Willenserklärung. Langheineken[1]) macht auf derartige Fälle aufmerksam, wo zweifellos die Geltendmachung eines Leistungsweigerungsrechts, d. h. einer Einrede auch außergerichtlich geschehen kann. So bestimmt § 1990: „Ist die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich oder wird aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt, so kann der Erbe die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht." Weiter bestimmt § 1991: „Macht der Erbe von dem ihm nach § 1990 zustehenden Rechte Gebrauch, so finden auf seine Verantwortlichkeit und den Ersatz seiner Aufwendungen die Vorschriften der §§ 1978, 1979 Anwendung."

Diese Bestimmungen beweisen deutlich, daß das Einrederecht auch außergerichtlich ausgeübt werden kann. Die rechtlichen Folgen dieser außergerichtlichen Erklärung des Leistungsweigerungsrechts sind mannigfaltige, die nicht nur auf das Verhältnis zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern einwirken, sondern auch Verpflichtungen für Dritte schaffen

1) a. a. O. 341.

können (z. B. §§ 1968, 1615 Abs. 2). Langheineken[1]), der diese Wirkungen eingehend behandelt und durch Beispiele erläutert, hebt daher zutreffend hervor: „Wer der verteidigungsweisen Vorschützung einer Einrede, wie es nach dem Vorstehenden in einzelnen Richtungen zutreffen dürfte, eine materiell-rechtliche Wirkung beilegt, muß überhaupt diese Wirkung eintreten lassen, ob nun die Vorschützung der Einrede im Prozeß oder außerhalb des Prozesses erfolgt."

Hiermit ist also das Bedenken beseitigt, daß aus dem Schweigen des Gesetzes über die Form der Erklärung der Einrede die Unmöglichkeit außergerichtlicher Geltendmachung abzuleiten ist.

Das Ergebnis der bisherigen Ausführungen ist folgendes: die Einrede kann auch außerhalb des Prozesses durch einseitige Willenserklärung gegenüber dem aus dem Anspruche Berechtigten geltend gemacht werden.

In der reichen Literatur über die Einrede des BGB. finden sich nur folgende Schriftsteller, die auf dem hier vertretenen Standpunkte stehen:

Crome, System des Bürgerlichen Rechts 182:

„Irrig wäre dagegen die Annahme, daß die Einrede nur in einem erhobenen Prozesse wirke. So wenig der Anspruch das Dasein eines Prozesses voraussetzt, so wenig tut es die Einrede. Beide haben wesentlich potentielle Bedeutung. Ist der Anspruch die Befugnis, aus gewissen Gründen eine Leistung fordern zu dürfen, so ist die Einrede die Befugnis, die geforderte Leistung aus bestimmten anderen Gründen verweigern zu dürfen. Dies wirkt innerhalb wie außerhalb des Prozesses; es ist eine materiell-rechtliche Befugnis."

Suppes, Der Einredebegriff des BGB. 37:

„Die zur Wirksamkeit der Einrede erforderliche Geltend-

1) a. a. O. 842.

machung ist Kundgebung des Willens, den Anspruch um der Einrede willen nicht wirken zu lassen. Da das Gesetz eine Form nicht vorschreibt, werden wir jede Möglichkeit der Kundgebung dieses Willens genügen lassen müssen. In der Regel wird der Wille durch eine Erklärung im Prozesse, durch welche auf die Einrede oder die einredebegründende Tatsache Bezug genommen wird, zum Ausdruck kommen. Ausnahmsweise kann auch eine vor dem Prozeß abgegebene Erklärung des Beklagten genügen, wenn der Kläger dem Richter selbst von ihr Kenntnis gibt."

Hellwig, Anspruch und Klagrecht 10:

„Die Ausübung des Einrederechts ist sowohl außerprozessual als gegenüber der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs möglich. Das Gesetz enthält keine Vorschrift, welche die außergerichtliche Leistungsverweigerung weniger wirksam erscheinen ließe als die gerichtliche."

In neuester Zeit hat Hellwig in seinem Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (1, 248 ff.) eingehend seine Meinung in gleichem Sinne begründet.

Zu den Verteidigern der hier vertretenen Ansicht ist auch Fischer zu rechnen, dessen Ausführungen sich allerdings nur auf den Entwurf des BGB. beziehen. Denn er sagt in seinem Werke „Recht und Rechtsschutz" 102:

„Die Bezeichnung ‚Einrede' paßt offensichtlich nur für den Prozeß. Im BGB. sollen mit derselben rein privatrechtliche Wirkungen bezeichnet werden, welche auch außerhalb des Prozesses, und ohne daß von den Beteiligten an einen Prozeß irgend gedacht wird, einzutreten haben."

Um derartige Zweifel zu beseitigen, hat Fischer damals folgende Fassung des jetzigen § 222 vorgeschlagen (S 125):

„Die Forderung ist als mit der Vollendung der Verjährung erloschen anzusehen, wenn auf die im Rechtsstreite ab-

gegebene Erklärung des Schuldners, daß er von dem Verjährungsrechte Gebrauch macht, die Forderung rechtskräftig abgewiesen wird."

Hierin liegt offensichtlich eine indirekte Bestätigung der hier vertretenen Ansicht. Eine solche positive Bestimmung im Gesetze wäre nötig gewesen, wenn die Einrede den ihr zugeschriebenen prozessualen Charakter erhalten sollte.

Schwankend ist der Standpunkt, den Hölder zu der hier vertretenen Ansicht einnimmt; man weiß nicht, ob man ihn zu den Gegnern rechnen soll oder nicht.

In seinem 1900 erschienenen Kommentar zum BGB. führt er zunächst aus, daß die Einrede des BGB. nichts anderes sei als ein Anfechtungsrecht, und begründet dies damit, daß beide in ihren Wirkungen gleich seien[1]). Ob die Verbindung der beiden Begriffe Anfechtung und Einrede richtig ist, muß hier dahingestellt bleiben, da wir es nicht mit der Wirkung der Einrede, sondern mit der Voraussetzung der Wirkung, d. h. der Art und Weise ihrer Geltendmachung zu tun haben. Hölder faßt das Ergebnis seiner Erörterungen also zusammen[2]):

„Das Gesetz bestimmt nichts über die Form, in der die durch die Verjährung gegebene Berechtigung zur Verweigerung der Leistung ausgeübt werden kann. Sie kann daher gleich anderen Anfechtungsrechten ausgeübt werden durch beliebige Erklärung an den Anfechtungsgegner oder das Subjekt des verjährten Anspruchs. Der Anspruch wird dadurch zu einem seit dem Zeitpunkt der eingetretenen Verjährung erloschenen mit der durch §§ 223 und 390 gegebenen Beschränkung. Er-

1) Ebenso Hellwig, a. a. O. 10; Bucerius, Erörterung des Begriffes Einrede 15 f., 125. Anders Langheineken, a. a. O. 44; Hellmann, Vorträge 201.

2) § 222 Anm. 1b S. 449.

gäbe sich daher z. B. durch die vom Kläger zur Begründung seines Anspruchs vorgelegte Korrespondenz, daß nicht nur die Verjährung eingetreten, sondern auch schon wegen derselben die Leistung vom Beklagten verweigert war, so dürfte nicht der Beklagte in contumaciam verurteilt werden."

In seinem Aufsatz „Anspruch und Klagerecht", erschienen 1901 in der ZZP. Bd. 29, sagt Hölder über die von ihm in seinem Kommentar angenommene Möglichkeit der außergerichtlichen Geltendmachung der Einrede (S. 73):

„Dieses Ergebnis ist ein solches, das anderen Gesetzgebungen nicht bekannt ist, an dessen Möglichkeit die Verfasser des BGB. nicht gedacht haben, und das im Widerspruch steht mit dem für sie leitend gewesenen Gedanken. Es ist daher zwischen der gerichtlichen und der außergerichtlichen Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts zu unterscheiden. Nur jene begründet in Verbindung mit dem ihr stattgebenden Urteile die Eigenschaft des Anspruchs als eines durch das Recht zur Verweigerung der Leistung seit dessen Existenz ausgeschlossenen. Dagegen ist die private Verweigerung der Leistung nicht eine endgültige."

Eine ähnliche Auffassung entwickelt Hölder schließlich in seinem 1902 erschienenen Aufsatze über „Ansprüche und Einreden"[1]). Auch hier kommt er zunächst zu dem Ergebnis, daß die Einrede auch außergerichtlich geltend gemacht werden könne, will dann aber mit Rücksicht auf den „Gegensatz zum bisherigen Recht" diese Konsequenz nicht ziehen.

Es soll jetzt nachgeprüft werden, ob die Gründe stichhaltig sind, die Hölder veranlaßt haben, von dem Standpunkt abzugehen, den er selbst als richtigen und konsequenten erkannt

1) ArchCivPrax. 93 Nr. I.

hat. Das von ihm gefundene Ergebnis soll deshalb nicht gelten, weil es anderen Gesetzgebungen nicht bekannt ist. Dies dürfte wohl kaum ein ausreichender Grund sein. Sind doch im BGB. viele Bestimmungen, die sich in keinem anderen Rechte finden. Wichtiger erscheint dagegen der zweite Grund, daß an die Möglichkeit dieses Ergebnisses die Verfasser des BGB. nicht gedacht haben, und daß es im Widerspruch steht mit dem für sie leitend gewesenen Gedanken. Das soll zugegeben werden, daß die Motive mit Bestimmtheit den entgegengesetzten Standpunkt vertreten. Doch die Motive sind nicht Gesetz geworden. Ist der Satz, daß die Einrede nur im Prozesse durch den Beklagten geltend gemacht werden kann, nicht im Gesetz vorhanden, und widerspricht er der Grundauffassung des Gesetzes, so kann er aus den Motiven nicht abgeleitet werden. Dann müssen eben die Motive hinter das Gesetz zurücktreten, so wichtig sie auch sonst für die wissenschaftliche Auslegung sein mögen. Sind die Gesetzgeber aber von einer falschen dogmatischen Vorstellung ausgegangen, dann ist es Aufgabe der Auslegung, den richtigen dogmatischen Standpunkt des Gesetzes festzustellen. In den Motiven ist aber eine falsche dogmatische Konstruktion der Einrede enthalten.

Treffend bemerkt hierzu Heymann[1]):

„Es ist ein Irrtum, wenn die Motive annehmen, daß der Begriff der materiell-rechtlichen Einrede eine feste Kategorie gewähre, welche jeder Unklarheit vorbeugt. Die Verfasser des Entwurfs sind eben von der verbreiteten Auffassung ausgegangen, daß die materiell-rechtliche Einrede einen gewissermaßen naturnotwendigen Begriff darstellt, der sich in jedem einigermaßen entwickelten Recht wiederfindet und aus dem ohne weiteres das Erfordernis des Vorschützens und der Verzicht-

1) a. a. O. 162.

barkeit sich ergeben. Diese Auffassung ist nicht zutreffend: es handelt sich vielmehr bei der gemeinrechtlichen ‚materiellen Einrede‘ keineswegs um römische ratio scripta, sondern um ein Stück altgermanischen Prozeßrechts, und die moderne Einrede kann daher lediglich als eine zusammenfassende Bezeichnung für eine Reihe gemeinrechtlicher Verteidigungsmittel betrachtet werden, bei denen sich jene beiden Eigentümlichkeiten rein historisch herausgebildet haben. Wenn das BGB. diese gemeinrechtliche Gestaltung in manchen Fällen beibehalten will, so hätte es irgendwo zum Ausdruck bringen müssen, daß die als Einrede bezeichneten Verteidigungsmittel die erwähnten Eigentümlichkeiten haben. Dies ist nirgends geschehen. — Da mit dem Inkrafttreten des BGB. das gemeine Recht seine Geltung verliert, positive Rechtsnormen aus ihm dann also nicht mehr entnommen werden können, so wird die Einrede des Entwurfs ein juristisches Rätsel werden.“

Ein passendes Gegenstück zu diesem Widerstreit zwischen der Auffassung der Motive eines Gesetzes und dessen späterer Auslegung findet sich in Wachs „Feststellungsanspruch“. Die Motive zum § 231 (jetzt § 256) ZPO. stellen fest, daß „§ 231 ein materielles Recht auf Anerkennung im Falle des rechtlichen Interesses gibt, daß dieses Recht verletzbar ist und in der Klage verfolgt wird“; ausdrücklich wird § 231 für ein Gesetz erklärt, das im Zivilgesetzbuch seinen richtigen Platz hätte. Im Gegensatz zu dieser bestimmten Auffassung der Motive weist Wach[1]) nach, daß die Feststellungsklage prozessualisch, daß sie ein publizistischer Rechtsschutzanspruch ist. Die Ansicht Wachs ist die herrschende geworden[2]).

---

1) Wach, Feststellungsanspruch, S. 4, 5, 47.
2) Weismann, Lehrb. des deutschen Zivilprozeßrechts 59.

So soll auch bei der Einrede die Absicht der Gesetzgeber uns nicht abhalten, von dem als richtig erkannten Wege abzuweichen. Die oben wiedergegebenen, von Hölder ins Treffen geführten Gründe sind deshalb auch nicht imstande, das hier aufgestellte Ergebnis umzustoßen. Es ist aber auch das von Hölder endgültig aufgestellte Ergebnis unrichtig. Nach Hölder begründet nur „die gerichtliche Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts in Verbindung mit dem ihr stattgebenden Urteile die Eigenschaft des Anspruchs als eines durch das Recht zur Verweigerung der Leistung seit dessen Existenz ausgeschlossenen."

Nimmt man dies an, so muß man dem die Leistungsklage abweisenden Urteile einen konstitutiven Charakter zuschreiben. Auch hierin liegt wiederum eine unzulässige Verbindung von Privatrecht und öffentlichem Recht. Nicht das Prozeßrecht, sondern das Privatrecht bestimmt darüber, ob ein Anspruch entsteht, sich ändert oder untergeht. Das Urteil über Entstehen, Aenderung oder Erlöschen eines Anspruchs hat lediglich deklarativen Charakter. Das Urteil stellt die Wirkung privatrechtlicher Normen fest, es schafft nicht selber diese Aenderung. „Für das heutige Rechtsbewußtsein ist das Recht das Prius, die Klage das Spätere, das Recht das Erzeugende, die Klage das Erzeugte" [1]). Es gibt allerdings auch Urteile, die einen konstitutiven Charakter tragen. Diese werden durch entsprechende Klagen hervorgerufen. Es ist ein Verdienst der neueren Rechtswissenschaft, diese besondere Art von Klagen erkannt zu haben. Während früher nur Feststellungs- und Leistungsklagen unterschieden wurden, hat man heute noch eine dritte Art von Klagen aufgestellt, die sog. Bewirkungsklagen (Begründungs-,

1) Windscheid, Die Aktio 4.

Abänderungs-, Aufhebungsklagen)[1]). Von den auf diese drei Arten von Klagen ergehenden Urteilen ist das Feststellungsurteil und das die Klage abweisende Leistungsurteil rein deklarativ; das der Leistungsklage stattgebende Urteil ist zunächst hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs deklarativ, es enthält aber als Hauptbestandteil ein konstitutives Moment, das jedoch öffentlich-rechtlichen Charakter trägt, nämlich den staatlichen Befehl an den Beklagten, den „Urteilsbefehl", zu leisten. Das Bewirkungsurteil ist rein konstitutiv. Wenn ein Urteil diese Kraft haben soll, dann bestimmt das Privatrecht oder auch das Prozeßrecht ausdrücklich, daß in dem betreffenden Falle Klage und daher auch Urteil nötig sei (z. B. Ehescheidung, Anfechtung und Richtigkeit der Ehe durch Klage). Wenn also gegenüber einem Anspruche auf Leistung die Einrede der Verjährung erhoben wird, so kann das Urteil nur deklarativen Charakter haben. Das Urteil erzeugt nicht die Wirkung der Einrede, sondern stellt nur fest, wie die Einrede auf den Anspruch eingewirkt hat.

Zutreffend hebt Hellwig hervor[2]):

„Die Lehre von dem Begriff, von dem Inhalt, von der Entstehung und von dem Untergang der Rechte und insbesondere der Ansprüche im Sinne des bürgerlichen Rechts als der Forderung auf Bewirkung einer Leistung gehört jetzt völlig dem materiellen Rechte an. Die Einredebarkeit eines Rechts ist eine zivilistische Unvollkommenheit des Rechts, und der Gedanke, daß der Richterspruch das Einrederecht zu realisieren habe, gehört dem jetzigen Rechte nicht an. Das Urteil, welches

1) Eingehende Untersuchungen hierüber und Literaturnachweis bei Langheineken, Urteilsanspruch 93 ff.; siehe auch Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 18 ff.

2) a. a. O. Vorwort VI.

die Klage als unbegründet zurückweist, weil der Schuldner von dem Rechte, die Leistung auf immer zu verweigern, Gebrauch gemacht hat, erkennt so, weil der privatrechtliche Anspruch durch jene Weigerung untergegangen ist."

Hölder weicht von seiner ursprünglichen Ansicht ab, um nicht in Widerspruch mit dem bisherigen Recht und den Motiven zu kommen. Seine neu aufgestellte Ansicht stimmt aber auch nicht mit den Motiven überein. Denn tatsächlich sprechen sich die Motive gegen die konstitutive Natur des Urteils aus. Denn dort heißt es (S. 369):

„Das rechtskräftige Urteil ist nach der dem Entwurfe zu Grunde liegenden Auffassung deklarativer, nicht konstitutiver Natur. Der Prozeß dient nicht dazu, das Recht erst zu schaffen, sondern dazu, vorhandenes Recht klarzustellen."

Zu dem von Hölder angenommenen Ergebnis, daß die Geltendmachung der Einrede nur in Verbindung mit dem Urteile wirke, müssen alle Ansichten kommen, die die Geltendmachung der Einrede im Prozesse durch den Beklagten fordern. Deutlich spricht dies Zitelmann[1]) aus:

„Durch Vorschützung der Einrede wird die gerichtliche Durchführung des einredebehafteten Rechts nicht für alle Zukunft gehemmt, so daß die Durchführbarkeit desselben zerstört wäre, vielmehr wirkt die Vorschützung der Einrede nur für diesen Prozeß; in einem zweiten Prozeß würde es, sofern nicht die Rechtskraft des ersten Urteils geltend gemacht wird, einer erneuten Vorschützung der rechtshemmenden Einrede bedürfen."

Der Standpunkt der Gegner ist also genauer dahin festzustellen, daß das Vorschützen der Einrede durch den Beklagten

1) Zitelmann, Das Recht des BGB., Allg. Teil 30.

im Prozesse allein nicht genügt, sondern daß hierzu auch das Urteil treten muß. Damit kommen aber für die Geltendmachung und Wirkung der materiell-rechtlichen Einrede zwei prozessuale Erfordernisse in Betracht.

Wenn man nach einer Erklärung dafür sucht, wie fast alle Schriftsteller[1]) zu einer solchen, den Grundsätzen des BGB. widersprechenden Ansicht kommen können, so ist diese Erklärung einmal darin zu finden, daß die meisten Juristen in ihrem Denken noch von der gemeinrechtlichen Doktrin (actio und exceptio) beherrscht werden[2]). Wie früher für das Pandektenrecht gelten heute noch für das BGB. die Worte Wachs[3]):

„Wenn wir in unseren systematischen Darstellungen des Pandektenrechts noch eine Masse spezifisch aktionenrechtlichen Stoffes fortführen, so übt darin das römische Recht auf uns seinen traditionellen Bann. Aus ihm haben wir die Gewöhnung, das Recht noch immer in der Kampfesstellung, in der Rüstung der Schutzform zu denken."

Deutlich bestätigt wird dies bei Endemann[4]):

„Eine bloß außergerichtliche Verweigerung der Leistung vermag das Einrederecht nicht in Wirkung zu setzen. Das Gesetz verlangt die Geltendmachung im Prozesse und den Ausspruch des Richters über das Bestehen und die Wirkung des Einrederechts auf den konkreten Klaganspruch. Die Erhebung der Einrede ist wie die exceptio eine Prozeßhandlung."

Schon 1889 bestreitet Fischer[5]), daß der Satz der Motive, die Einrede sei im Prozesse durch den Beklagten vorzubringen,

---

1) Heymann, a. a. O. 154; Hellwig, a. a. O. 201.
2) Hellwig, a. a. O. 11.
3) Wach, Feststellungsanspruch 20.
4) Lehrbuch § 88 Anm. 29.
5) Fischer, a. a. O. 102.

Gesetz werden würde, und weist auf die Gefahr der Wiedereinführung der römischen exceptio hin:

„Da sich der Ausdruck Einrede infolge des Anschlusses des BGB. an die Savignysche Theorie von der exceptio des römischen Rechts als eine Uebersetzung der exceptio darstellt, so liegt die Gefahr nahe, daß auf diese Art die antiquierte römische exceptio mit ihrer privatrechtlichen Zwitternatur, von welcher sich zu befreien Theorie und Praxis des gemeinen Rechts mit Erfolg bemüht waren, wiedereingeführt und damit die Auseinandersetzung von Prozeß und Privatrecht, in deren Durchführung ein Hauptvorzug einer modernen Kodifikation zu erblicken ist, verhindert wird."

Diese Prophezeiung ist in Erfüllung gegangen. Denen gegenüber aber, die für die Geltendmachung der Einrede die gleichen Erfordernisse aufstellen, die früher für die exceptio galten, muß betont werden, daß im gemeinen Recht ein innerer Grund nicht dafür vorhanden gewesen ist, welche Tatsachen nur ope exceptionis geltend gemacht werden konnten und welche nicht [1]). Sehr bestritten war überhaupt die Frage, welche Tatsachen zu den sog. exzeptionsmäßigen gehörten. Jedenfalls hat darüber nicht die ratio legis, sondern positive gesetzliche Bestimmung entschieden. Mit dem Wegfall des gemeinen Rechts sind natürlich auch diese besonderen Vorschriften hinfällig geworden. Das BGB. hat aber keine neuen Bestimmungen getroffen. Man ist deshalb auf die Suche nach einem allgemeinen Prinzip gegangen, um das weitere Bestehen der exzeptionsmäßigen Tatsachen rechtfertigen zu können. Im allgemeinen ist dieses Bestreben erfolglos geblieben. Eine Theorie soll hier aber hervorgehoben werden.

1) Windscheid-Kipp, Pandekten § 47 Anm. 1; Keller, Sächs. Arch. 2, 699.

Im Anschluß an R. Leonhard[1]) hat Kipp folgende Sätze aufgestellt:

„Es gibt Einwendungen, die nur vom Richter zu berücksichtigen sind, wenn der Beklagte dies als sein Verlangen zu erkennen gibt. Welche dahin gehören, kann nur aus der Natur der einzelnen Einwendung entschieden werden, wobei freilich viele Zweifel möglich sind. Prinzipiell dürfte mit Leonhard zu sagen sein: es sind die Einreden, von denen es nicht selbstverständlich ist, daß der Beklagte sie berücksichtigt zu sehen wünscht, sobald er überhaupt dem Klagantrag widerspricht. Es ist aber auch Leonhard darin beizutreten, daß die Frage, ob jenes selbstverständlich ist, nicht von der dogmatischen Konstruktion der Einrede, sondern davon abhängt, welche praktische Bedeutung ihre Geltendmachung für den Beklagten hat. Nicht selbstverständlich ist, daß der Beklagte zu seinen Gunsten Einreden berücksichtigt zu sehen wünscht, deren Geltendmachung nicht für anständig oder nur unter rechtfertigenden Umständen für anständig gilt (Leonhards ethisches Opfer). Hierher gehört namentlich die Einrede der Verjährung."

Dieses Unterscheidungsmittel ist aber doch zu unsicher und zu unbestimmt, um daraus die Einreden, die vom Beklagten geltend zu machen sind, zu erkennen. Es ist diese Theorie daher auch fast allgemein abgelehnt. Mit Recht weist Enneccerus darauf hin, daß das Gesetz zu dieser von Kipp gemachten Beschränkung keinen Anhalt biete[2]).

Die Rücksicht auf das bisherige Recht soll die prozessuale Geltendmachung der Einrede begründen, und doch liefert das

1) Leonhard, Irrtum 311; Windscheid-Kipp, a. a. O. § 47 Anm. 1 S. 177.

2) Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerl. Recht § 128 Anm. 6; Langheineken, a. a. O. 352 Anm. 1; Hölder, ArchCivPrax. 93, 72.

bisherige Recht keinen sicheren Anhalt, um ein allgemeines Prinzip abzuleiten. Wie sehr aber diese Rücksichtnahme von bestimmendem Einfluß gewesen ist, zeigen folgende Sätze von Langheineken[1]):

„In Bezug auf die Bedeutung, die der gerichtlichen Geltendmachung der Einrede beizumessen ist, bestand im bisherigen Recht keine Meinungsverschiedenheit darüber, daß ein Einrederecht nur dann vom Richter zu berücksichtigen ist, wenn die Partei es im Prozesse vorgeschützt hat. Wenn die Berufung auf die Kontinuität der Rechtsentwickelung mehr als eine bloße Redensart ist, so muß ganz gewiß in dieser Frage an der bisherigen Auffassung festgehalten werden, zumal nicht ein einziges Moment angeführt werden kann, das auf eine gegensätzliche Behandlung im neuen Rechte hinwiese."

Gar bedeutsam und einleuchtend mögen diese Worte zunächst scheinen. Allein in dieser Frage kann man sich eben nicht auf die Kontinuität des Rechts berufen. Im früheren gemeinen Recht stand der materiellrechtlich-prozessualen actio die exceptio mit gleichem Doppelcharakter entgegen; heute steht dem rein privatrechtlichen Anspruch die gleiche Einrede gegenüber. Bei einer umfassenden Kodifikation, wie der des BGB., wo neue Grundsätze durchgeführt werden, versagt eben der Grundsatz der Kontinuität des Rechts. Eigenartig ist, daß dieser Grundsatz von Langheineken selbst durchbrochen wird; denn wenige Seiten zuvor sagt er[2]):

„Wer der verteidigungsweisen Vorschützung einer Einrede, wie es nach dem Vorstehenden in einzelnen Richtungen zutreffen dürfte, eine materiell-rechtliche Wirkung beilegt, muß überhaupt diese Wirkung gleichmäßig eintreten lassen, ob nun

1) a. a. O. 350.
2) S. 342.

die Vorschützung der Einrede im Prozesse oder außerhalb des Prozesses erfolgt."

Wenn man dies aber in einzelnen Beziehungen als richtig annimmt, so erscheint es nicht zu gewagt, zu behaupten, daß ganz allgemein die Einrede auch außergerichtlich wirksam geltend gemacht werden kann.

Für und gegen die Annahme außerprozessualer Geltendmachung der Einrede werden noch die §§ 886, 1169, 1254 BGB. u. a. ins Feld geführt[1]). § 886 bestimmt: „Steht demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, so kann er von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen."

§ 1169: „Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet."

§ 1254 gibt eine gleiche Bestimmung für das Pfandrecht.

Man streitet darüber, ob diese und ähnliche Bestimmungen als „Bestätigung der außerprozessualen Geltendmachung der Einrede" oder als „Singularitäten" zu betrachten sind. Meines Erachtens ist es bedenklich, nach der einen oder anderen Richtung hin aus diesen Bestimmungen des BGB. einen Schluß auf die Richtigkeit des Grundsatzes zu schließen. Es ist diesen Vorschriften nicht anzusehen, ob durch sie ein Grundprinzip des Gesetzes nur noch deutlicher hervorgehoben werden soll, oder ob sie als Ausnahmen von einem Grundprinzip besonders im Gesetze hervorgehoben sind. Das BGB. enthält manche über-

---

1) Hellwig 11; Langheineken S. 346, 347; siehe insbesondere gegen Hellwig die eingehenden Ausführungen von Kipp in der Festschrift für Koch.

flüssigen Rechtssätze, deren Verwendung zu einem **argumentum e contrario** zu falschen Ergebnissen führt. „Sehr häufig heben die Gesetze besonders zweifelhafte oder besonders wichtige Punkte hervor, ohne die Absicht zu haben, Verwandtes auszuschließen" [1]).

Auch heute noch gilt der von Heymann [2]) aufgestellte Satz, daß man nicht auf deduktivem, sondern nur auf induktivem Wege zu einer völlig befriedigenden „Exzeptionstheorie" gelangen könne. Die hier für die Einrede des BGB. aufgestellte Theorie ist aber auf rein induktivem Wege gefunden.

Wenn in einer so großen Reihe von juristischen Werken immer wieder der Satz sich findet, daß die Einrede nur im Prozesse durch den Beklagten geltend gemacht werden könne, so ist schließlich eine weitere Erklärung für diese auffallende Tatsache darin zu finden, daß die meisten Schriftsteller nur den normalen Fall im Auge haben, daß der Beklagte im Prozesse die Einrede geltend macht. An den Fall wird nicht gedacht, daß aus dem Klagevorbringen sich ergibt, daß der Beklagte das Einrederecht bereits außerprozessual ausgeübt hat. So kommt es, daß in den meisten Fällen die Möglichkeit außergerichtlicher Geltendmachung der Einrede überhaupt nicht erörtert und das Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung nicht begründet, sondern als selbstverständlich hingestellt wird.

Die Untersuchung der entgegenstehenden Ansichten hat jedenfalls die hier aufgestellte Theorie, daß die Einrede auch außergerichtlich geltend gemacht werden kann, nicht zu erschüttern vermocht, vielmehr die Unhaltbarkeit der gegnerischen Theorie nachgewiesen.

---

1) **Dernburg**, Pandekten 1 § 35 Anm. 10.

2) **Heymann**, a. a. O. 144.

IV.

Es fragt sich schließlich noch, ob der für die Einrede im allgemeinen aufgestellte Grundsatz auch für die Einrede der Verjährung gilt, oder ob wegen der besonderen Natur des Instituts der Verjährung eine Ausnahme gemacht werden muß.

Ueber den Zweck der Verjährung sprechen sich die Motive zum BGB. also aus (S. 290):

„Grund und Zweck der Anspruchsverjährung ist, der Behelligung mit veralteten Ansprüchen ein Ziel zu setzen. Der Verkehr verträgt es nicht, daß lange verschwiegene, in der Vergangenheit vielleicht weit zurückliegende Tatsachen zur Quelle von Anforderungen in einem Zeitpunkte gemacht werden, in welchem der in Anspruch genommene Gegner infolge der verdunkelnden Macht der Zeit entweder nicht mehr oder doch nur schwer noch in der Lage ist, die ihm zur Seite stehenden entlastenden Umstände mit Erfolg zu verwerten. Der Schwerpunkt der Verjährung liegt nicht darin, daß dem Berechtigten sein gutes Recht entzogen, sondern darin, daß dem Verpflichteten ein Schutzmittel gegeben wird, gegen voraussichtlich unberechtigte Ansprüche ohne ein Eingehen auf die Sache sich zu verteidigen. Die Verjährung ist Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck."

Die hiermit über Grund und Zweck die Verjährung wiedergegebenen Sätze der Motive sind als richtig allgemein anerkannt. Es liegt in der Natur dieses eigenartigen Schutzmittels, daß es nicht dem Verpflichteten aufgedrängt werden, sondern nur wirken soll, wenn er davon Gebrauch macht. Es liegt aber nicht in seiner Natur, daß davon nur im Prozesse Gebrauch gemacht werden soll. Denn wie bereits oben nachgewiesen, ist die Verjährung des BGB. nicht mehr die alte Klagenverjährung. Schon dieser Name zeigt, daß für diese

Art der Verjährung nur eine gerichtliche Geltendmachung der Einrede in Frage kommen konnte. Mit der Einführung der Anspruchsverjährung ist dieses Erfordernis fortgefallen. Es ist daher irrtümlich, wenn Friedenthal[1]) von einer außergerichtlichen „Androhung" spricht, die für den Fall der Klage eine lediglich psychologische Wirkung ausüben könne. Die außergerichtliche Verweigerung der Leistung ist aber nicht die Androhung, sondern die Geltendmachung der Einrede; sie hat nicht psychologische, sondern rechtliche Wirkung.

Zutreffend führt Hölder[2]) aus: „der Satz, daß nur die vom Beklagten vorgeschützte Verjährung zu beachten sei, ist soweit davon entfernt, sich aus dem Wesen der Verjährung zu ergeben, daß er vielmehr zu einem dem Zwecke ihrer Einführung widersprechenden Ergebnisse führt." Auch Bucerius[3]), der die prozessuale Geltendmachung der Einrede der Verjährung durch den Beklagten sonst für erforderlich hält, muß zugeben, daß „die Verjährungseinrede sich auch außer dem Prozesse denken ließe".

Man wird vielleicht einwenden, im Falle der gerichtlichen Geltendmachung werde offenkundig, daß jemand sich auf die Verjährung beruft. Allein der Gläubiger hat es jederzeit in der Hand, dies dadurch zu erzwingen, daß er Klage erhebt. Natürlich kann die Verjährung nur wirken, wenn die Erhebung der Einrede in den Prozeßstoff kommt, sei es daß der Kläger es selbst vorträgt, daß die Einrede bereits erhoben ist, sei es daß der Beklagte dies tut. Mit der Tilgung einer Schuld durch Zahlung oder Aufrechnung steht es nicht anders. Bevor die Tilgung als Behauptung in den Tatbestand ein-

1) a. a. O. 66; vergl. Leonhard, BGB. 1 § 67 S. 248.
2) ArchCivPrax. 93, 110.
3) a. a. O. 115 Anm. 7.

geführt ist, kann der Richter sie auch nicht berücksichtigen. Und doch wird man nicht sagen können, daß hinsichtlich der Tilgung die Zahlung oder die Aufrechnung nur psychologische Wirkung ausübe.

Hiernach ist als Endergebnis unserer Untersuchung festzustellen, daß die Einrede der Verjährung auch außerhalb des Prozesses wirksam geltend gemacht werden kann.

III.

Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf.

Von Professor Dr. Friedrich Schollmeyer, Berlin.

Die Gewährleistungspflicht beruht, wie die Erfüllungspflicht, auf dem Vertrag. Deswegen entfallen, wenn der Vertrag von vornherein nichtig ist, sowohl Erfüllungs- als Gewährleistungspflicht. Ist jedoch durch Erfüllung die Nichtigkeit geheilt, so ist mit der Heilung die Gewährleistungspflicht entstanden. Ist der Vertrag gültig, so entstehen Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht gleichzeitig mit dem Vertragsschluß [1]).

Trotz dieser Berührungspunkte sind beide streng auseinanderzuhalten. Die Erfüllungspflicht ist die Verpflichtung des Schuldners, die geschuldete Leistung an den Gläubiger in Schuldtilgungsabsicht zu bewirken. Die Gewährleistungspflicht aber ist, allgemein gefaßt, die Verpflichtung, für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art und für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften einzustehen [2]). Auf die Erfüllung der Schuld kann geklagt werden. Es kann verlangt werden, daß der Schuldner die Leistung so macht, wie sie geschuldet ist.

---

1) Vergl. darüber unter I.

2) Das BGB. stellt keinen allgemeinen Begriff auf und normiert auch den Inhalt der Gewährleistungspflicht bei den entgeltlichen Veräußerungs- und Belastungsverträgen, der Schenkung, der Miete und Pacht und beim Werkvertrag verschieden.

Macht er sie anders, so braucht der Gläubiger sie nicht anzunehmen. Bei der Gewährleistungspflicht stehen andere Folgen in Frage, Wandelung, Minderung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Ein Satz, daß auf Leistung von allem, wegen dessen der Schuldner gewährleistungspflichtig ist, also auf Beseitigung der vorhandenen Fehler und Verschaffung der zugesicherten Eigenschaften, geklagt werden könne, wäre unrichtig. Aus dem Vorhandensein der Gewährleistungspflicht kann nicht auf das Vorhandensein der gleichen Erfüllungspflicht geschlossen werden. Ist der Schulderfüllungspflicht genügt, so kann möglicherweise die Erfüllung der Gewährleistungspflicht noch ausstehen. Denn letztere tritt zu der Verpflichtung des Vertragsschuldners, seine Schuld zu erfüllen, als eine besondere selbständige Verpflichtung hinzu. Deswegen kann der auf Zahlung des Kaufpreises verklagte Käufer wegen Gewährsmängeln der ihm übergebenen Kaufsache nicht ohne weiteres die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben.

Diese Sätze sind weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein. Im Gegenteil besteht die Neigung, es als Vertragserfüllungspflicht hinzustellen, daß eine mangelfreie Sache geliefert werde. So lehrt z. B. Dernburg[1]), der Käufer dürfe die Entgegennahme einer (im Sinne des § 459) mangelhaften Sache verweigern, weil solches Angebot kein dem Vertrage entsprechendes sei. Sei dem Verkäufer die Leistung der Sache in mangelfreiem Zustand unmöglich, so habe Käufer die Rechte, welche dem einen gegenseitigen Vertrag Schließenden zustehen, wenn die seinem Mitkontrahenten obliegende Leistung unmöglich ist und derselbe diese Unmöglichkeit zu vertreten hat. Und Düringer und Hachenburg[2]) erklären diese Ansicht für

---

1) Das bürgerliche Recht 2 § 185 I.

2) Kommentar zum HGB. 3, 81 ff. Vergl. auch S. 73: „Die Gewährleistungspflicht hat im Gesetz eine besondere Behandlung erfahren. Auch

dem klaren Wortlaut des § 459 und der Natur der Sache entsprechend. Denn eine Lieferung, welche der Käufer wegen Unbrauchbarkeit zurückweisen müsse, habe für ihn — in der Regel — die gleiche wirtschaftliche Bedeutung, wie wenn überhaupt nicht geliefert wäre.

Im folgenden soll daher — mit Beschränkung auf den Kaufvertrag — die Richtigkeit der an die Spitze gestellten Sätze nachgewiesen und der danach bestehende Rechtszustand in seinen Konsequenzen klargestellt werden.

I. Schon die Frage nach dem Zeitpunkt des Entstehens der Gewährleistungspflicht ist streitig. Während die Erfüllungspflicht mit dem Abschluß eines gültigen Kaufvertrages entsteht, wenn auch als betagte oder bedingte, so nimmt Dernburg[1]) an, daß die Gewährschaftsklagen dem Käufer erst erwachsen, nachdem ihm die Kaufsache so weit geleistet ist, daß die Gefahr derselben auf ihn überging. Aber sollte der Käufer einer Speziessache, welcher auf Bewirkung der ausbedungenen Pränumerandozahlung des Kaufpreises verklagt wurde, nicht einredeweise Minderung verlangen können, weil die Kaufsache an unheilbaren, wert- und tauglichkeitmindernden Fehlern leidet? Sollte er nicht aus dem gleichen Grunde Wandelung begehren können, und zwar sowohl im Wege der Einrede als im Wege der Klage? Meines Erachtens entsteht also, wie auch schon von Crome hervorgehoben ist[2]), die Verpflichtung zur Gewährleistung beim Spezieskauf schon mit dem Kaufabschluß für den Fall, daß wert- und tauglichkeitmindernde Fehler zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden sein sollten. Der Käufer ist nicht verpflichtet, abzuwarten, ob etwa der Kaufvertrag infolge eines von keiner Seite zu vertretenden

hier liegt an und für sich der Tatbestand der Nichterfüllung des gegenseitigen Vertrages vor."

1) a. a. O. 2 § 185 I.

2) System 2 § 222 Anm. 2.

Umstandes vor dem Gefahrübergang sich ganz oder teilweise auflöse (§ 323).

Selbst beim Gattungskauf läßt sich nicht behaupten, daß erst mit dem Gefahrübergang die Gewährleistungsansprüche entstehen. Zwar setzt die Gewährleistungspflicht das Vorhandensein einer Sache voraus, an welcher Fehler bestehen können. Beim Gattungskauf aber kommt eine geschuldete Sache, welche mit Fehlern behaftet sein könnte, schon dann in Betracht, wenn die Konkretisierung eingetreten ist, d. h. wenn der Verkäufer das zur Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan hat. Regelmäßig allerdings erfolgt die Konkretisierung mit dem Angebot der vom Bestimmungsberechtigten [1]) ausgewählten Sache mittlerer Art und Güte, welches zugleich die Gefahr auf den Käufer überträgt (§§ 243 und 300 Abs. 2). Es gibt aber auch Fälle, in denen der Schuldner ohne Angebot an den Gläubiger das seinerseits zur Leistung Erforderliche getan haben kann, wenn er nämlich bei Holschulden zu dem kalendermäßig bestimmten Leistungstag die zu leistende Ware bereit stellt. Hier ist dann zwar die Konkretisierung eingetreten, die Gefahr aber noch nicht übergegangen.

II. Wie ist denn nun die Erfüllungspflicht von der Gewährleistungspflicht abzugrenzen?

Der Verkäufer muß für die Abwesenheit erheblicher wert- oder tauglichkeitmindernder Fehler, sowie für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften zur Zeit des Gefahrüberganges einstehen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob es sich um Spezies- oder Genuskauf handelt (§§ 459 u. 480). Er muß auch für zur Zeit des Gefahrüberganges vorhandene, arglistig verschwiegene Fehler einstehen, und zwar beim Specieskauf dann, wenn das arglistige Verschweigen beim Kaufabschluß, beim Genuskauf dann, wenn es beim Gefahrübergang statt-

1) Mein Kommentar zu § 243 Bem. 4.

fand. Denn beim Genuskauf kann von einem arglistigen Verschweigen zur Zeit des Vertragsschlusses nicht die Rede sein, weil noch gar nicht feststeht, welche Sache geliefert werden muß.

Aber zur Erfüllungspflicht gehört es weder beim Spezies- noch beim Genuskauf, die Kaufsache frei von solchen Fehlern zu liefern[1]).

1) Beim Spezieskauf genügt der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht, wenn er die Kaufsache in dem Zustand übergibt, in welchem dieselbe zur Zeit des Vertragsschlusses sich befand. Mit der Uebergabe ist er seiner Obhutspflicht ledig. Er leistet die Sache also mit den zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen Fehlern behaftet und erfüllt damit seine Schuld. Der Käufer hat, auch wenn die Fehler sich heben lassen, nicht das Recht, auf Beseitigung der Fehler, sollten dieselben auch wert- oder tauglichkeitmindernd sein, zu bestehen. So wie die Sache damals war, ist sie gekauft und muß sie auch geliefert werden. Sind die Fehler nicht zu beseitigen, so liegt nicht ursprüngliche teilweise Unmöglichkeit vor. Der Vertrag ist also keineswegs nichtig (§ 306 mit § 139). Der Verkäufer, welcher die mit solchen Fehlern behaftete Kaufsache ordnungsmäßig anbietet, kommt auch nicht in Leistungsverzug. Wohl aber kommt der Käufer in Annahmeverzug, wenn er die ihm ordnungsmäßig angebotene, derartig fehlerhafte Sache nicht annimmt. Dem Käufer, welcher beim Kaufabschluß das Vorhandensein der Fehler nicht kannte, steht ja zwar wegen der Fehler das Recht der Wandelung zu. Aber solange die Wandelung nicht stattgefunden hat, ist er den Folgen des Annahmeverzugs ausgesetzt. Wird freilich die Wandelung nachträglich vollzogen, so ist der Kaufvertrag nach rückwärts hin aufgelöst, gleich als ob er niemals abgeschlossen gewesen wäre, und es fallen demgemäß auch die Folgen des Annahmeverzugs

1) A. M. Dernburg 2 § 185 I.

für den Käufer nach rückwärts hin fort. Anders aber, wenn der Käufer sich für Minderung, oder bei arglistig verschwiegenen Fehlern oder fehlenden zugesicherten Eigenschaften für Schadensersatz wegen Nichterfüllung entschied [1]).

Auch falls eine Eigenschaft zugesichert wurde, genügt der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht, wenn er die gekaufte Speziessache ohne die zugesicherte Eigenschaft leistet. Fehlt die Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlusses, so liegt in der Zusicherung nicht das Versprechen, die Eigenschaft verschaffen zu wollen, sondern lediglich die Uebernahme einer Garantie für ihr Vorhandensein zur Zeit des Gefahrüberganges [2]). Dementsprechend liegt, wenn die Verschaffung der Eigenschaft von vornherein unmöglich ist, nicht Nichtigkeit des Kaufvertrages vor (§§ 306 u. 139); vielmehr wird gleichwohl für Gewährleistung dieser Eigenschaft eingestanden. Eine Klage auf Verschaffung der Eigenschaft und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, wenn die verschaffbare Eigenschaft schuldhaft nicht verschafft wurde, gibt es ebenfalls nicht. Der Verkäufer

1) Dieser Schadensersatz umfaßt das Interesse an der Abwesenheit des Fehlers oder der Anwesenheit der zugesicherten Eigenschaft. (A. M. RG. 52, 355. Dagegen aber mit durchschlagender Begründung Kipp in den Verhandlungen des 27. deutschen Juristentages 1, 288 ff.). Er besteht nicht in der Beseitigung des hebbaren Fehlers oder in der Verschaffung der zugesicherten Eigenschaft. Denn der Zustand, welcher bestehen würde, wenn das arglistige Verschweigen oder die Zusicherung — die zum Ersatz verpflichtenden Umstände (§ 249) — nicht stattgefunden hätten, ist keineswegs das Nichtvorhandensein des Fehlers oder die Anwesenheit der Eigenschaft.

2) Auch bei arglistig verschwiegenen Fehlern ist der Schadensersatz wegen Nichterfüllung keineswegs ein solcher, der wegen Nichterfüllung der Erfüllungspflicht zu leisten ist. Das Gesetz bürdet vielmehr im Interesse von Treu und Glauben dem Verkäufer die Verpflichtung auf, die vorhandenen Fehler dem Käufer insoweit zu nennen, als sie auf seinen Entschluß, die Sache zu kaufen, von Einfluß sein könnten, und legt ihm die Schadensersatzpflicht für den Fall der böswilligen Versäumung dieser Verpflichtung auf. Der arglistig verschwiegene Fehler wird behandelt, wie wenn seine Abwesenheit zugesichert wäre.

kommt nicht in Verzug, wenn er die verkaufte Sache ohne die zugesicherte Eigenschaft liefert. § 326 hat hier keine Anwendung. In seiner Hand liegt es, ob er die fehlende Eigenschaft bis zum Uebergang der Gefahr noch verschaffen will, oder ob er, von jeder Bemühung in dieser Beziehung absehend, Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 463) leisten will. Daß die Zusicherung einer Eigenschaft nicht Uebernahme einer Vertragspflicht ist, würde bei Abschluß eines Grundstückskaufs mit Einhaltung der vorgeschriebenen Form (§ 313), aber unter Hinzufügung der mündlichen Nebenabrede, daß eine gewisse Eigenschaft zugesichert werde, von Bedeutung sein. Wäre sie nämlich Uebernahme einer Vertragspflicht, so bedürfte sie ebenfalls der in § 313 vorgeschriebenen Form. Nach meiner Auffassung aber ist die Zusicherung der Eigenschaft durchaus gültig und erlangt nicht erst durch Auflassung des verkauften Grundstücks und Eintragung des Käufers Gültigkeit. Deswegen kann Käufer schon vorher wegen der fehlenden zugesicherten Eigenschaft die Gewährleistungsansprüche erheben [1]).

2) Auch die Gattungssache kann an erheblichen, wert- oder gebrauchsmindernden Fehlern leiden, es können ihr zugesicherte Eigenschaften beim Vertragsschluß fehlen. Windscheid [2]) nahm für das gemeine Recht an, hier müsse als stillschweigend vereinbart angesehen werden, daß das zu Liefernde fehlerlos geliefert werden solle. Aber schon für das gemeine Recht hatte Windscheids Auffassung starke Gegnerschaft gefunden und gegenüber dem BGB. ist sie jedenfalls unhaltbar. Zwar scheint § 480 eine direkte Bestätigung von Windscheids Auffassung zu enthalten, indem dort dem Käufer einer

1) RG. 54, 203 scheint die Zusicherung einer Eigenschaft als Erfüllungspflicht aufzufassen, wenn es den Grund der Haftung bei zugesicherten Eigenschaften „in der Nichterfüllung einer besonders übernommenen Pflicht" erblickt.

2) Pandekten 2 § 394 bei Anm. 20.

Gattungssache das Recht gewährt wird, an Stelle der gelieferten mangelhaften Sache eine mangelfreie zu verlangen. Aber schon der Umstand muß stutzig machen, daß dem Käufer gleichzeitig Wandelung und Minderung zur Wahl gestellt werden. Wandelung und Minderung aber haben bei Gattungsschulden begrifflich zur Voraussetzung, daß der Schuldner das zur Erfüllung seinerseits Erforderliche getan hat. Und so ist in der Tat nach dem BGB. die Leistung einer fehlerhaften Gattungssache keineswegs der Nichtleistung gleichgestellt. Denn nach § 243 erfüllt der Gattungsschuldner seine Leistungspflicht durch Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte. Unter derartigen Sachen sind aber beim Kaufvertrag solche Exemplare der gewünschten Gattung zu verstehen, welche man für den ausgemachten Preis durchschnittlich verlangen kann. Daß nun aber nur fehlerfreie Sachen — fehlerfrei im Sinne des § 459 — mittlerer Art und Güte seien, wird Niemand behaupten wollen. Zwar scheint das Reichsgericht (47, 135) auf einem anderen Standpunkt zu stehen, wenn es ausspricht, daß ein Fehler, der nicht die Verkäuflichkeit oder den Gebrauch beeinträchtigt, der Ware nicht die Eigenschaft nehmen könne, Handelsgut mittlerer Art und Güte zu sein. Aber es folgt aus dieser Aeußerung nur, daß es wert- oder gebrauchmindernde Fehler geben könne, welche die Ware unter mittlere Art und Güte herabdrücken, keineswegs aber, daß jeder derartige Fehler dies tue. Wenn z. B. die gelieferten Zigarren ungleichen Brand haben, so kann dies der Verkäuflichkeit der Zigarren schaden, und dieselben können doch noch mittlerer Art und Güte sein. Wenn man sich vom Fabrikanten eine goldene Taschenuhr schicken läßt, und die Feder ist nicht in Ordnung, so liegt gewiß ein erheblicher, gebrauchmindernder Fehler vor. Trotzdem kann die Uhr aber mittlerer Art und Güte sein. Wenn Käuferin, die in einer mit Kavallerie belegten Stadt wohnt, „ein Wagenpferd zum Selbstfahren" gekauft hat und wenn dasselbe, obwohl ganz

firm eingefahren, beim Klang des Kavalleriesignals in schärfster Gangart davongeht, weil es früher Kavalleriepferd war, so kann dasselbe immer noch mittlerer Art und Güte und doch zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch, in der betreffenden, mit Kavalleriegarnison versehenen Stadt von einer Dame gefahren zu werden, nicht geeignet sein. Wie wollte man auch neben § 480 den § 243 aufrecht erhalten, wenn erst die Leistung fehlerfreier Sachen Vertragserfüllung wäre?

Der Verkäufer einer Gattungssache genügt also seiner Erfüllungspflicht, wenn er eine Sache mittlerer Art und Güte leistet und der Käufer kommt in Annahmeverzug, wenn er dieselbe nicht annimmt, sollten ihr auch den Erfordernissen des § 459 entsprechende Fehler anhaften oder zugesicherte Eigenschaften fehlen. Der Verkäufer hat das zur Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan, und die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die angebotene Sache ist eingetreten (§ 243 Abs. 2). Demgemäß ist der Verkäufer nicht in Partialverzug gekommen; Käufer hat nicht das Recht, auf Hebung des Fehlers oder Beschaffung der fehlenden Eigenschaft an der gelieferten Sache und auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu klagen. Vielmehr kann er dieselben Rechte geltend machen, wie wenn er einen Spezieskauf abgeschlossen hätte — mit einer Abweichung: er kann, an Stelle von Wandelung oder Minderung und — bei arglistig verschwiegenen Fehlern oder fehlenden zugesicherten Eigenschaften — des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, auch Lieferung einer fehlerfreien Sache, d. h. nicht einer absolut fehlerlosen, sondern einer von wert- oder tauglichkeitmindernden Fehlern freien und mit den zugesicherten Eigenschaften ausgestatteten Sache verlangen.

In dem letzteren Anspruch, so möchte man nun vielleicht meinen, sei der Erfüllungsanspruch anerkannt. Die Verpflichtung des Verkäufers einer Gattungssache gehe also von vorn-

herein auf Lieferung einer fehlerfreien Sache. In der Tat bezeichnen die Motive (2, 242) und nach ihnen das Reichsgericht (53, 204)[1]) diesen Anspruch als den Anspruch auf Erfüllung des Vertrages. Aber das ist nach den bisherigen Nachweisungen unrichtig. Der Erfüllungsanspruch geht nur auf Lieferung einer Sache mittlerer Art und Güte. Es ist doch auch nicht angängig, dem Gesetz in dieser Frage einen zwiespältigen Standpunkt unterzuschieben, einmal den der eingetretenen, wenn auch mangelhaften Erfüllung, der sich in der Zulassung von Wandelung und Minderung sowie — bei arglistig verschwiegenen Fehlern und fehlenden zugesicherten Eigenschaften — in dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung äußern würde, und ferner den der gänzlichen Nichterfüllung, der in dem Recht auf Lieferung einer fehlerfreien Sache zu Tage träte. Vielmehr nimmt das Gesetz einen durchaus einheitlichen Standpunkt ein, *da der Anspruch auf Leistung einer fehlerfreien Sache lediglich Gewährleistungsanspruch ist.* Deswegen ist dieser Anspruch wie der Wandelungsanspruch ausgestaltet und der gleichen kurzen Verjährung unterworfen, wie er.

Danach hat der Käufer, wenn er sich für diesen Anspruch bindend entschieden hat (§§ 480 mit 465), die Verpflichtung, Zug um Zug gegen Lieferung der fehlerfreien Sache die empfangene fehlerhafte Sache zurückzugeben (§§ 480 mit 467 u. 346). Im Fall Verkäufer abermals eine fehlerhafte Sache liefert, hat der Käufer nicht das Recht, gemäß § 326 vorzugehen. Denn die Gewährleistungsansprüche und der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises stehen sich nicht als bedungene Leistung und Gegenleistung gegenüber. Er hat nicht das Recht, sich für Wandelung oder Minderung zu entscheiden. Denn dies Wahlrecht hat er durch die bindende Entscheidung für Lieferung einer fehlerfreien Sache konsumiert. Er hat lediglich

1) So auch Rehbein 2, 31 Anm. 18.

das Recht, die Annahme einer abermals fehlerhaften Sache, weil ihm jetzt — nach stattgehabter bindender Wahl — eine fehlerfreie geschuldet wird, zu verweigern, ohne sich den Folgen des Annahmeverzugs auszusetzen, und Lieferung einer anderen fehlerfreien Sache zu verlangen mit Schadensersatz wegen Totalverzugs (§§ 284 und 286 Abs. 1). Hat aber die Leistung wegen des Verzugs für den Käufer kein Interesse mehr, so kann derselbe auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 286 Abs. 2). Wäre der Verkäufer unvermögend, einerlei ob verschuldet oder unverschuldet (§ 279), eine andere fehlerfreie Sache der betreffenden Gattung zu liefern, so könnte Käufer ebenfalls auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagen. Den Nachweis des Unvermögens erspart er sich, wenn er nach § 283 vorgeht. Damit sind die Interessen des Käufers vollauf gewahrt. Denn er kann sich jederzeit für die Schadensersatzsumme eine fehlerfreie Sache kaufen[1]).

Ich hatte vorher gesagt, daß der Käufer, wenn er wegen vorhandener Fehler ꝛc. die ihm angebotene Sache mittlerer Art und Güte nicht annehme, in Annahmeverzug gerate. Dies ist für ihn bedeutungsvoll, wenn er später sich für Preisminderung oder Schadensersatz wegen des arglistig verschwiegenen Fehlers oder der fehlenden zugesicherten Eigenschaft entscheidet[2]). Er trägt dann den Zufall, durch welchen die angeboten gewesene Sache zerstört wird (§ 300 Abs. 2); auch haftet ihm dann der Verkäufer nicht mehr für die nach dem Zeitpunkt des Eintritts des Annahmeverzugs ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit eingetretenen Fehler oder fortgefallenen zugesicherten Eigenschaften.

---

1) Ist Verkäufer der einzige Fabrikant von Sachen der Art, so kann Käufer sich durch Zwangsvollstreckung in das Warenlager helfen.

2) Es ist bedeutungslos, wenn er sich für Wandelung oder Lieferung einer anderen fehlerfreien Sache entschied. Denn in beiden Fällen wird die angeboten gewesene Sache nicht mehr geschuldet.

III. Die Erfüllungspflicht kann durch nachträglich eingetretene Unmöglichkeit der Leistung verändert werden, indem nach dem Kaufabschluß sich unhebbare Fehler einstellen oder beim Kaufabschluß vorhanden gewesene Eigenschaften unwiderbringlich verloren gehen. Entsprechen die Fehler den Erfordernissen des § 459, oder waren die fortgefallenen Eigenschaften zugesichert, so kommen die Vorschriften über die Gewährleistungspflicht zur Anwendung. Es fragt sich aber, ob und eventuell inwieweit daneben auch die Vorschriften der §§ 323—325 eingreifen.

Auch diese Frage ist durchaus bestritten, indem z. B. Düringer und Hachenburg[1]) die allgemeinen Regeln der §§ 323 ff. durch die Vorschriften über die Gewährleistung für ausgeschlossen erachten, sobald die verkaufte Sache übergeben wurde, während Eccius[2]) und Titze[3]) allgemein die Unanwendbarkeit der Vorschriften über Unmöglichkeit neben den Gewährsvorschriften behaupten. Auf der anderen Seite aber wird von Dernburg, Crome, Kipp, Kisch und dem Reichsgericht die konkurrierende Anwendung beider Vorschriften zugegeben[4]).

Da die Erfüllungspflicht des Verkäufers auf Lieferung der Sache in der zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Beschaffenheit geht, so liegt, wenn unhebbare Fehler nach dem Vertragsschluß, aber vor der Erfüllung sich einstellten, oder wenn damals vorhandene Eigenschaften, einerlei ob zugesichert oder nicht, in diesem Zeitraum unwiderbringlich fortgefallen sind, nachträgliche teilweise Unmöglichkeit der Leistung vor.

---

1) Kommentar 3, 73.

2) Rassow und Küntzels Beiträge zur Erl. des deutschen Rechts 43, 306 unten.

3) Unmöglichkeit 277.

4) Dernburg 2 § 185 I; Crome 2 § 220 Note 38; Kipp, Pandekten 2 § 395 S. 655; Kisch, Unmöglichkeit 194 ff.; RG. 53, 200 ff. Mein Recht der einzelnen Schuldverhältnisse[2] (1904) 27 Anm. 1.

Denn dieselbe ist nicht nur dann vorhanden, wenn der Verkäufer nicht alles, was er liefern sollte, liefern kann, sondern auch dann, wenn er das zu Liefernde nur mangelhaft liefern kann. Demgemäß sind auch die Vorschriften des allgemeinen Teiles über nachträgliche teilweise Unmöglichkeit auf unseren Fall zur Anwendung zu bringen. Denn es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber beabsichtigte, die Gewährsvorschriften als ausschließliche aufzustellen. Im Gegenteil muß man daraus, daß die Gewährsvorschriften für unverschuldete Fehler 2c. aufgestellt sind, weshalb sie natürlich dann auch für verschuldete Fehler gelten müssen, schließen, daß bei verschuldeten Fehlern daneben die weiter gehenden Vorschriften des allgemeinen Teiles zur Anwendung gebracht werden sollen. Auch gibt es doch Fehler, bezüglich deren eine Gewährspflicht nicht besteht, sei es, daß sie den Erfordernissen des § 459 nicht entsprechen, sei es, daß sie nach dem Gefahrübergang entstanden. Soll für dieselben, wenn sie nachträglich vom Verkäufer absichtlich oder schuldhaft herbeigeführt wurden, auch keine sonstige Haftpflicht des Täters gegeben sein? Man setze z. B. den Fall, daß der Verkäufer, nachdem Käufer in Annahmeverzug gekommen, die Sache vorsätzlich oder grob fahrlässig beschädigt.

Läßt sich danach die Konkurrenz der allgemeinen Vorschriften nicht von der Hand weisen, so gilt es doch zu prüfen, inwieweit dieselbe etwa durch die Gewährsvorschriften als lex specialis ausgeschlossen sei.

1) Wenn durch einen, weder vom Verkäufer noch vom Käufer zu vertretenden Umstand (Zufall, Handlung eines Dritten ohne Verschulden der Kontrahenten) bei der verkauften Spezies ein unheilbarer Fehler sich einstellt, oder eine Eigenschaft für immer nach dem Kaufabschluß verloren geht, so würde bei Anwendung des § 323 Abs. 1 Hlbs. 2 der Kaufpreis sich von selbst verhältnismäßig mindern und es würde diese Minderung auch dann eintreten, wenn weder die Fehler

erheblich wert- oder gebrauchmindernd, noch die verlorene Eigenschaft zugesichert gewesen wäre. Aber mit Rücksicht auf die Gewährsvorschriften ist diese Annahme unmöglich. Denn es wäre widersinnig, wegen eines unerheblichen Fehlers rc. von selbst Wertminderung eintreten zu lassen, dagegen wegen eines erheblichen Fehlers nur einen der Verjährung unterworfenen Anspruch auf Preisminderung zu gewähren.

Man wird es vielmehr als Willen des Gesetzes ansehen müssen, daß der Käufer bei nachträglich eingetretenen unerheblichen, von keiner der Parteien zu vertretenden Fehlern rc. den ganzen Kaufpreis zahlen soll.

Daraus folgt aber nicht, daß er auch das in § 323 Abs. 2 erwähnten Anspruchs entbehren müsse. Derselbe behandelt das stellvertretende commodum. Gerade weil Käufer den Nachteil zu tragen hat, welcher durch die zufällig eingetretenen, weniger erheblichen Fehler verursacht wurde, so hat er auch den Anspruch auf dieses commodum. Sein Recht auf Herausgabe desselben ist im Wesen nicht Ersatz der (ihm versagten) ipso iure Minderung, sondern besteht unabhängig von derselben.

2) Hat Käufer selbst den Eintritt unheilbarer Fehler oder den unwiederbringlichen Wegfall vorhanden gewesener Eigenschaften zwischen Kaufabschluß und Leistung zu vertreten, so hat er den Kaufpreis voll zu zahlen und erhält nur die verschlechterte Sache. Es ist gleichgültig, ob die Fehler den Erfordernissen des § 459 entsprechen und die Eigenschaften zugesichert waren, oder nicht. § 459 findet trotz seines allgemein gefaßten Wortlautes hier keine Anwendung, wohl aber in vollem Maße § 324. Auch hier hat übrigens der Käufer gemäß § 281 Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden commodum gegen den Verkäufer[1]).

3) Hat der Verkäufer den Eintritt unheilbarer Fehler oder den dauernden Wegfall früher vorhandener Eigenschaften der

1) Mein Kommentar § 324 Bem. 2.

verkauften Spezies zwischen Kaufabschluß und Leistung (§§ 300 Abs. 1 und 446) zu vertreten, so würden bei Anwendung des § 325 auf diesen Fall der nachträglichen teilweisen Unmöglichkeit dem Käufer folgende Rechte zur Wahl stehen: Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung (§ 280 Abs. 1)[1], Geltendmachung der Rechte aus § 323, d. h. Berufung auf eingetretene Preisminderung oder die Befugnis, Herausgabe des stellvertretenden commodum zu begehren, in welchem Fall er dann den verhältnismäßig geminderten Kaufpreis zu zahlen haben würde. Könnte Käufer den Nachweis führen, daß die durch Leistung der verschlechterten Sache erfolgende teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, was zutrifft, wenn die Abwesenheit des Fehlers oder die Anwesenheit der nunmehr fehlenden Eigenschaft nach Inhalt des Vertrages ihm absolut wesentlich war, so könnte er Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. In beiden Fällen hätte er die etwa angenommene Sache zurückzugewähren. Eine Verpflichtung, die Sache anzunehmen, bestände für den Käufer in beiden Fällen nicht. Hält man mit diesen Grundsätzen die Vorschriften über die Gewährleistung zusammen, nach denen dem Käufer bei erheblichen, wert- oder gebrauchmindernden, im Augenblick des Gefahrübergangеs vorhandenen Fehlern oder bei zu dieser Zeit fehlenden zugesicherten Eigenschaften Minderung oder Wandelung zustehen[2], so fragt es sich einmal,

1) Der Käufer braucht die verschlechterte Sache zur Vermeidung des Annahmeverzugs nur anzunehmen, wenn ihm der Schadensersatz wegen der Verschlechterung gleichzeitig mitangeboten wird.

Solange dies nicht geschieht, hat er gegenüber der Klage auf Zahlung des Kaufpreises die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320).

2) Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezüglich der zur Zeit des Gefahrüberganges fehlenden zugesicherten Eigenschaften hat Käufer in dem jetzt in Rede stehenden Fall nicht, da die zugesicherten Eigenschaften zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden waren und das Gesetz

ob die Anwendbarkeit der Vorschriften des § 325 auf den Erfordernissen des § 459 nicht entsprechende, nachträglich schuldhaft verursachte Fehler oder zerstörte Eigenschaften durch die Gewährleistungsvorschriften beeinflußt wird, und ferner, inwieweit, wenn diese Fehler den Erfordernissen des § 459 entsprechen oder zugesicherte Eigenschaften nachträglich schuldhaft zerstört sind, die Vorschriften des § 325 neben den Gewährsvorschriften zur Anwendung zu bringen sind?

a) In ersterer Beziehung ist folgendes hervorzuheben:

α) Die Gewährsansprüche muß sich der Käufer, wenn ihm die Fehler und das Fehlen der Eigenschaften bei der Annahme der Kaufsache bekannt waren, vorbehalten, sonst sind sie erloschen (§ 464). Ist nun bei den aus § 325 hervorgehenden Rechten, wenn Käufer die Sache in Kenntnis der Fehler annimmt, ein gleicher Vorbehalt nötig? Das Gesetz bestimmt darüber nichts und man könnte vielleicht verneinen wollen, weil die Voraussetzungen für die Gewährsansprüche und die Ansprüche aus § 325 verschieden sind. Denn letztere verlangen ein Verschulden des Verkäufers, erstere nicht. Aber für das Erfordernis des Vorbehalts auf Seiten des Käufers muß das Verhalten des Verkäufers gleichgültig sein, wie sich schon daraus ergibt, daß das Gesetz in § 464 auch dann dem Verkäufer die Vorbehaltspflicht auferlegt, wenn Verkäufer das Vorhandensein der Fehler arglistig verschwiegen hatte. Vielmehr ergibt sich die Notwendigkeit des Vorbehalts auch für die Rechte des § 325 aus der Erwägung, daß das Gesetz dem Käufer selbst dann den Vorbehalt seiner Rechte abverlangt, wenn die Fehler erhebliche sind und er sich das Vorhandensein einer Eigenschaft hatte zusichern lassen und wenn es sich um die minder weitgehenden Rechte aus §§ 462 u. 463 handelt. Folglich muß bei den weiter gehenden Rechten aus § 325 und nicht zuge-

diesen Anspruch nur für den Fall ihres Nichtvorhandenseins zur Zeit des Vertragsschlusses gewährt (§§ 462 u. 463).

sicherten Eigenschaften sowie unerheblichen Fehlern das Gleiche gelten.

β) Die Gewährsansprüche verjähren in den kurzen Fristen des § 477, die Ansprüche aus § 325 im allgemeinen in der gewöhnlichen Verjährungszeit. Betreffen aber die Ansprüche aus § 325 Fehler der Kaufsache, wie es auch die Gewährsansprüche tun, so müssen die kurzen Fristen des § 477 ebenfalls Platz greifen[1]). Dafür ist zwar nicht bestimmend, wie unter α, daß das Verhalten des Verkäufers auf die Länge der Verjährungsfristen einflußlos sei. Im Gegenteil würde es an sich ganz in der Ordnung sein, einen Anspruch, bei welchem den Schuldner kein Verschulden trifft, in kürzerer Frist verjähren zu lassen, als einen auf seinem Verschulden beruhenden Anspruch, ein Gesichtspunkt, welchem das Gesetz durch seine Bestimmung Rechnung trägt, daß der Gewährsanspruch wegen arglistigen Verschweigens der kurzen Verjährung entzogen sein soll (§ 477 Abs. 1 S. 1). Aber es spricht eine andere gesetzgeberische Erwägung dafür, die Ansprüche wegen Sachfehler aus §§ 477 u. 325 in kurzer Frist verjähren zu lassen, die nämlich, daß für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf Mängel der Kaufsache nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und störend ist (Motive 2, 238). Mit ihrer Hilfe ergibt sich weiter, daß man die bezüglich der Gewährsmängel bei arglistigem Verschweigen bestehende Ausnahme nicht auf Schadensersatzansprüche wegen arglistiger nachträglicher Beschädigung aus § 325 übertragen darf, ganz abgesehen davon, daß jene Ausnahme insofern den Stempel der Willkür an sich trägt, als auch bei doloser Vornahme einer unerlaubten Handlung die Klageverjährung nicht länger währt, als bei kulposer (§ 852).

b) Die Konkurrenz der Vorschriften aus § 325 mit den Gewährsvorschriften ergibt folgenden Rechtszustand:

1) RG. 54, 204.

α) Mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung kommt Käufer unter Umständen weiter, als mit den Gewährleistungsansprüchen. Denn weder Wandelung noch Minderung gewähren ihm Schadensersatz, der ja doch auch den entgangenen Gewinn umfaßt (§ 252). Deswegen steht dieser Anspruch dem Käufer wahlweise mit den Rechten auf Wandelung oder Minderung zu. Doch ist er verloren, sobald Wandelung oder Minderung vollzogen sind.

β) Anstatt des Anspruchs auf Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung kann Käufer die Rechte aus § 323 Abs. 1 geltend machen. Denn wenn auch wegen gewährspflichtiger Mängel der Anspruch nach § 472 nur auf Herabsetzung des Kaufpreises geht, während nach § 323 Abs. 1 Hlbs. 2 der Kaufpreis sich von selbst mindert, so kommt doch in Betracht, daß die Gewähr auch ohne Verschulden des Verkäufers zu leisten ist. Deswegen braucht Käufer, wenn er Minderung nach § 472 verlangen will, nur das Vorhandensein des Gewährsfehlers zur Zeit des Gefahrüberganges darzutun. Will er aber die Rechte aus § 323 Abs. 1 Hlbs. 2 gemäß § 325 geltend machen, so muß er auch das Verschulden des Verkäufers nachweisen. Genügt er dieser erschwerenden Voraussetzung, so liegt meines Erachtens für den Richter kein Grund vor, der Behauptung des Käufers, es sei ipso iure Minderung eingetreten, die Anerkennung zu versagen.

Der Anspruch auf das stellvertretende commodum nach § 323 Abs. 2 steht dem Käufer ebenfalls zu.

Auch diese Rechte stehen nur so lange zu, als Wandelung oder Minderung noch nicht vollzogen sind.

γ) Das Gleiche gilt bezüglich des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, welcher dem Käufer dann zusteht, wenn er den Nachweis des fehlenden Interesses an der teilweisen, weil mangelhaften Erfüllung des Vertrags führt (§ 325 Abs. 1 S. 2).

δ) Dagegen ist es streitig, wie sich das in § 325 Abs. 1 S. 2 erwähnte Rücktrittsrecht zu dem Wandelungsrecht verhält. Nach Kisch[1]) soll der Rücktritt nicht der Regel des § 325 Abs. 1 S. 2, sondern den Wandelungsgrundsätzen unterstehen, was wohl nichts anderes bedeuten soll, als daß der Rücktritt ausgeschlossen, die Wandelung aber gestattet sei. Wäre dies zutreffend, so könnte wegen nachträglich vom Verkäufer verschuldeter, den Erfordernissen des § 459 nicht entsprechender Fehler überhaupt nicht, weder durch Rücktritt noch durch Wandelung, Auflösung des Vertrags herbeigeführt werden. Und doch hat möglicherweise auch infolge von den Erfordernissen des § 459 nicht entsprechenden Fehlern oder von Wegfall nicht zugesichert gewesener Eigenschaften der Käufer an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse mehr. Auf der anderen Seite gibt es aber auch Fehler, wegen deren zwar der Rücktritt ausgeschlossen, die Wandelung aber gestattet ist, wenn nämlich die den Erfordernissen des § 459 entsprechenden Fehler bereits zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden, aber dem Käufer unbekannt geblieben waren. Endlich aber ist es denkbar, daß die Wandelung unstatthaft, der Rücktritt aber gestattet ist, wenn nämlich Verkäufer nach eingetretenem Annahmeverzug des Käufers die Sache vorsätzlich oder grob fahrlässig beschädigte. Die Anwendungsgebiete für Rücktritt und Wandelung wegen Vorhandenseins von Sachfehlern können also verschieden sein. Es gibt aber allerdings auch Fehler, bei denen die Voraussetzungen sowohl für Rücktritt als für Wandelung vorliegen können, wenn nämlich der Verkäufer nachträglich, aber vor der Leistung, einen erheblichen, unheilbaren, wert- oder tauglichkeitmindernden Fehler verschuldet hat und infolgedessen dem Käufer das Interesse an der Vertragserfüllung fehlt. Hier ist es für den Käufer von großer Bedeutung, daß ihm sowohl Rücktritt

1) Unmöglichkeit 194.

als Wandelung wahlweise zustehen. Denn der Wandelungsanspruch verjährt, das Rücktrittsrecht nicht. Will er freilich von letzterem Gebrauch machen, so muß er den Nachweis führen, daß der Fehler nach dem Vertragsschluß vom Verkäufer verschuldet wurde und daß er selbst an der teilweisen Erfüllung des Vertrags kein Interesse habe. Andererseits können zwar sowohl Wandelungsrecht als Rücktrittsrecht befristet werden. Aber bei der Wandelung hat Verkäufer nur dann ein Fristsetzungsrecht, wenn Käufer ihm gegenüber einen Mangel behauptete, während beim Rücktritt die Fristlegung erfolgen kann, sobald Verkäufer das Vorbringen der Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht erkannte (§§ 466 und 327 mit § 355). Auch ist die Wandelung erst mit Erklärung des Einverständnisses des Verkäufers mit dem Wandelungsbegehren des Käufers vollzogen, während der Rücktritt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Käufers geschieht. Endlich aber ist der Rücktritt durch Verarbeitung der gekauften Sache ausgeschlossen (§ 352), die Wandelung aber dann nicht, wenn der Fehler sich erst bei der Verarbeitung gezeigt hat (§ 467).

So wird also bald Rücktritt, bald Wandelung dem Käufer vorteilhafter sein und es ist kein Grund vorhanden, ihn auf die Wandelung zu beschränken, wenn die Voraussetzungen für jedes der beiden Rechte vorliegen. Natürlich hat Käufer das Wandelungsrecht verloren, sobald er den Rücktritt erklärt hat. Denn der Vertrag ist damit aufgehoben. Das Rücktrittsrecht aber hat er erst dann verloren, wenn die Wandelung vollzogen ist.

4) Bisher war nur von dem Einfluß der nachträglichen teilweisen Unmöglichkeit auf den Spezieskauf die Rede. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß diese Unmöglichkeit auch auf den Gattungskauf von Einfluß sein muß. Nur liegt hier nachträgliche teilweise Unmöglichkeit nicht schon dann vor, wenn der Fehler 2c. nach dem Vertragsschluß entstand, sondern

erst dann, wenn er nach eingetretener Konkretisierung, aber vor der Leistung, entstand. Denn bevor der Verkäufer nicht das zur Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan hat, beschränkt sich das Schuldverhältnis nicht auf eine bestimmte Sache. Bringt also der Verkäufer nach dem Kaufabschluß einer Sache der ausgemachten Art Fehler bei und bietet er darauf diese Sache als Erfüllung an, so kommt es lediglich darauf an, ob die Sache trotz ihrer Fehler noch mittlerer Art und Güte ist oder nicht. Ist sie es nicht, so ist der Verkäufer in Totalverzug; ist sie es, so ist die Konkretisierung eingetreten und Käufer hat dann, wenn die Fehler den Erfordernissen des § 459 entsprechen, die Gewährsansprüche. Die Vorschriften über nachträgliche teilweise Unmöglichkeit sind in diesem Fall nicht anwendbar. Wohl aber sind sie es, wenn nach dem fruchtlosen Angebot einer Sache mittlerer Art und Güte an der Sache, auf welche sich nunmehr das Schuldverhältnis beschränkt hat, durch Vorsatz oder grobes Versehen des Verkäufers unhebbare Fehler sich einstellen oder vorhandene Eigenschaften unwiederbringlich verloren gehen. Dann kommen die vorher unter 1—3 dargestellten Grundsätze zur Anwendung.

IV. Aber nicht allein unheilbare, sondern auch heilbare Fehler können nachträglich eintreten. Und Eigenschaften können nicht nur unwiederbringlich, sondern auch wiederbringlich verloren gehen. Geschieht dies auf Grund eines von keiner der beiden Parteien zu vertretenden Umstandes, so trifft der Nachteil den Käufer, wenn es sich nicht um den Erfordernissen des § 459 entsprechende Fehler handelt, oder die fortgefallenen Eigenschaften nicht zugesichert waren; im anderen Fall hat Käufer die Gewährschaftsklagen. Hat der Käufer den Eintritt der Fehler, den Fortfall der Eigenschaften zu vertreten, so muß

er den vollen Kaufpreis zahlen gegen die verschlechterte Sache. Ist dagegen durch Verschulden des Verkäufers nachträglich ein heilbarer Fehler eingetreten oder eine wieder verschaffbare Eigenschaft fortgefallen, so steht Verzug in Frage und man hat dabei wieder zwischen Spezies- und Gattungskauf zu unterscheiden.

1) Hat durch Fahrlässigkeit des Verkäufers zwischen Kaufabschluß und Leistung die verkaufte Speziessache einen heilbaren Fehler davon getragen oder eine Eigenschaft mit der Möglichkeit der Wiederverschaffung eingebüßt, so ist der Verkäufer hierfür verantwortlich (§ 276). Denn er hat die Sache so in seiner Obhut zu halten, daß er sie in ihrer Beschaffenheit zur Zeit des Vertragsschlusses leisten kann. Verkäufer genügt also seiner Erfüllungspflicht nicht, wenn er es unterläßt, den Fehler wieder zu beseitigen oder die verlorene Eigenschaft wieder zu verschaffen und gerät daher in Verzug.

Ist dies aber Total- oder Partialverzug? Da der Verkäufer die, nunmehr mit Fehlern behaftete, Sache zu leisten hat, so liegt in dem Angebot der Sache Erfüllungsangebot und selbst dann kommt die freilich mangelhafte Erfüllung zustande, wenn Käufer die Sache in Unkenntnis der Fehler annahm. Man kann also auch nicht sagen, die Annahme in Kenntnis der Fehler sei Hinnahme an Erfüllungsstatt. Der Käufer erhält das Geschuldete, wenn auch mangelhaft. Nimmt er es an, so muß er sich seine Rechte vorbehalten, wenn ihm die Fehler bekannt waren (III, 3, a, α). Auf der anderen Seite ist Käufer, wenn er die fehlerhafte Sache zurückweist, nicht in Annahmeverzug. Denn dieser würde voraussetzen, daß die Leistung tatsächlich so angeboten wurde, wie sie zu bewirken war (§ 294). Die Sache war aber so zu leisten, wie sie zur Zeit des Kaufabschlusses beschaffen war, also ohne die vom Verkäufer zu vertretenden, später eingetretenen hebbaren

Fehler. Daraus aber, daß Käufer nicht in solchem Fall in Annahmeverzug kommt, kann man nicht schließen, daß also der Verkäufer, wenn er die in der angegebenen Weise fehlerhaft gewordene Kaufsache liefert, in gänzlichem Erfüllungsverzug sei. Es liegt nur Teilverzug vor, entsprechend der teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn die durch Verschulden des Verkäufers nachträglich eingetretenen Fehler sich nicht heben lassen.

Demgemäß hat Käufer das Recht, auf Grund des § 286 Abs. 1 Nachbesserung [1]) und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen. Der Schadensersatz umfaßt den Schaden, der dadurch entsteht, daß Käufer die Sache noch eine Zeitlang entbehren muß. Gegenüber der Klage auf Zahlung des Kaufpreises kann Käufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben (§ 320) [2]).

Käufer kann aber auch nach § 326 vorgehen. Ist bei Ablauf der gestellten Präklusivfrist der Fehler nicht beseitigt oder die abhanden gebrachte Eigenschaft nicht wieder verschafft,

---

1) Außer diesem gibt es noch einen anderen Fall der Klage auf Beseitigung des Fehlers oder der Verschaffung der versprochenen Eigenschaft, den nämlich, daß Käufer eine mangelhafte Sache in Kenntnis des Mangels erstand, Verkäufer sich aber verpflichtete, bis zur Lieferung noch für die Beeitigung des Mangels zu sorgen.

2) Liegt in dem Vorhandensein gewährspflichtiger Fehler keine Verletzung der Erfüllungspflicht, so kann von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages keine Rede sein. Doch kann auch in solchem Fall der Käufer die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde (§ 478). Verkäufer wird dann mit seiner Klage auf Zahlung des Kaufpreises ganz oder zum Teil abgewiesen. (Mein Recht der einz. Schuldverh., S. 87.)

Anders liegt die Sache bezüglich der Gewährleistungsansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Lieferung einer anderen fehlerfreien Sache. Zwar kann auch hier von Einrede des nicht erfüllten Vertrages keine Rede sein, da die Gewähr der Fehler nicht einen Teil der Erfüllungspflicht des Verkäufers bildet. Wohl aber hat Käufer wegen dieser Ansprüche die durch Sicherheitsleistung abwendbare Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273).

so kann Käufer, falls er mangelndes Interesse an der teilweisen Erfüllung des Vertrages nachweist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit gemäß § 280 Abs. 2 verlangen oder von dem Kaufvertrag zurücktreten. Kann Käufer den Nachweis des fehlenden Interesses an der teilweisen Erfüllung des Vertrages nicht führen, so hat er auch nur das Recht, hinsichtlich des noch ausstehenden Rechts der Leistung — des Fehlers der Sache oder der fehlenden Eigenschaft — Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, oder hinsichtlich dieses Teiles vom Vertrag zurückzutreten. Dieser Schadensersatzanspruch geht stets auf Geld, auch wenn sich der Mangel immer noch beseitigen lassen sollte. Denn der Umstand, daß beim Ablauf der Frist ein Teil der geschuldeten Leistung nicht bewirkt ist, wird der teilweisen Unmöglichkeit gleich behandelt (§ 326 Abs. 1 S. 3).

Ist Käufer nach § 326 vorgegangen, so hat er mit fruchtlosem Ablauf der Präklusivfrist den Anspruch auf Nachbesserung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verloren. Denn letzterer Ersatz steckt mit in dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Weil Käufer aber nunmehr den Anspruch auf Nachbesserung nicht mehr hat, so muß er jetzt, falls er nicht den Nachweis des fehlenden Interesses an der teilweisen Erfüllung des Vertrages erbracht hat, auch die fehlerhafte Sache annehmen. Tut er dies nicht, so kommt er in Annahmeverzug (§§ 293 u. 294) und gemäß § 433 Abs. 2 auch in Schuldnerverzug.

An diesen Rechten des Käufers ändert der Umstand nichts, daß er die ihm angebotene Kaufsache angenommen hatte, einerlei, ob in Unkenntnis oder in Kenntnis der Mangelhaftigkeit. Nur muß er in letzterem Fall sich seine Rechte wegen des Mangels vorbehalten. Denn wenn Käufer selbst bei wert- oder gebrauchmindernden Fehlern oder fehlenden zugesicherten Eigenschaften,

die nach dem Kaufabschluß durch Verschulden des Verkäufers hervorgerufen wurden oder fortfielen, nicht einmal das Recht der Minderung bei vorbehaltloser Annahme behalten soll (§ 464), so wird man dies erst recht bezüglich der weitergehenden Ansprüche auf Nachbesserung und Schadensersatz annehmen müssen.

Zu den erwähnten Rechten des Käufers auf Nachbesserung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und auf Rücktritt vom Vertrag treten nun aber bei wert- oder gebrauchmindernden Fehlern oder abhanden gebrachten zugesicherten Eigenschaften noch die Rechte auf Wandelung und Minderung.

Das Verhältnis der Rechte zueinander ist folgendes:

Wählt der Käufer Nachbesserung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, so sind durch die Wahl seine übrigen Rechte noch nicht erloschen, wohl aber durch die bewirkte Nachbesserung. Hat er erst den Schaden wegen verspäteter Erfüllung ersetzt erhalten, so kann er, trotz noch ausstehender Nachbesserung, nur dann wandeln oder mindern, wenn er den Schadensersatz zurückzahlt oder auf die Minderung verrechnen läßt. Andererseits kann es in seinem Interesse liegen, noch wandeln oder mindern zu können, wenn nämlich die Nachbesserung schwierig oder langwierig erscheint und bei der Minderung außerdem die verhältnismäßige Herabsetzung des Kaufpreises mehr betragen würde, als der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Das Recht der Nachbesserung hat er weder nach vollzogener Wandelung, noch nach vollzogener Minderung. Ebensowenig steht ihm nach vollzogener Wandelung oder Minderung noch das Recht zu, nach § 326 vorzugehen. Denn sowohl durch Wandelung als durch Minderung ist das Recht auf Erfüllung erloschen. Käufer kann also

auch keine Nachfrist zur Erfüllung setzen. Ist endlich der Käufer nach § 326 vorgegangen und die gesetzte Präklusivfrist fruchtlos verstrichen, so sind die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung, sowie auf Nachbesserung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung erloschen. Denn mit dem Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Erfüllung, d. h. auf Leistung der gekauften Sache überhaupt ausgeschlossen. Käufer kann also weder Nachbesserung verlangen, noch durch die Wandelung sein Recht auf die gekaufte Sache aufgeben, da er es bereits nicht mehr hat, noch durch Minderung sein Recht auf die gekaufte Sache, wenn auch zu einem geringeren Preis, behaupten. Den Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung hat er aber auch nicht mehr, da er in dem auf Grund des § 326 zu bewirkenden Schadensersatz wegen Nichterfüllung steckt oder infolge des Rücktritts des Käufers von dem Vertrag erlischt[1]).

2) Endlich kann auch bei Gattungskäufen Teilverzug des Verkäufers durch Lieferung mangelhafter Sachen vorkommen. Dies nämlich dann, wenn nach der Konkretisierung aber vor der Leistung infolge eines vom Verkäufer zu vertretenden Umstandes sich hebbare Fehler einstellten oder im Moment der Konkretisierung vorhanden gewesene Eigenschaften mit der Möglichkeit der Wiederverschaffung verloren gingen. Danach scheinen bei oberflächlicher Betrachtung beim Gattungskauf, wie beim Spezieskauf mit den Rechten wegen Partialverzugs (IV Nr. 1) die Gewährleistungsansprüche aus § 459 zu konkurrieren. Aber was beim Spezieskauf die Regel bildet, ist beim Gattungskauf die Ausnahme. Denn bei ihm fallen Konkretisierung und Gefahrübergang regelmäßig zusammen (§§ 243 Abs. 2 und 300 Abs. 2), und für Fehler, welche nach dem Gefahrübergang sich einstellten, wird keine Gewähr geleistet (§ 459). Nur dann

1) Ueber die Geltendmachung der Rechte aus § 323 vergl. S. 110 unten.

also wird die Konkurrenz anzunehmen sein, wenn mit der Konkretisierung der Gefahrübergang auf den Käufer nicht verknüpft ist, und in der Zeit zwischen Konkretisierung und Gefahrübergang sich infolge eines vom Verkäufer zu vertretenden Umstandes Gewährsmängel einstellten. Dies trifft aber dann zu, wenn der Käufer auf andere Weise, als durch Nichtannahme der ihm angebotenen Sache in Annahmeverzug kommt (§ 300 Abs. 2), also im Fall des § 296, namentlich beim Spezifikationskauf (§ 375 HGB.).

V. Es kommt vor, daß der Verkäufer im Kaufvertrag sich verpflichtet, den vorhandenen Fehler zu beseitigen oder eine fehlende Eigenschaft zu verschaffen. Man steht wegen Ankaufs eines Automobils in Unterhandlung. Dem Kauflustigen gefällt unter den auf Lager befindlichen besonders eines. Er macht eine Probefahrt mit demselben und da stellt sich heraus, daß die Bremse nicht taktfest ist. Verkäufer erklärt, der Fehler lasse sich leicht beseitigen, er wolle sich verpflichten, nach 8 Tagen das Automobil mit tadelloser Bremse zu liefern. Darauf kommt der Kaufvertrag zustande, in welchem sich der Verkäufer zur Beseitigung des Fehlers in der angegebenen Frist verpflichtet.

Es handelt sich hier nicht um zwei gegenseitige Verträge, einen Kaufvertrag und einen Werkvertrag, so daß die Grundsätze des Kaufvertrages und daneben die Grundsätze des Werkvertrages, namentlich §§ 633 ff., zur Anwendung zu bringen wären. Zwar kann es im einzelnen Fall der Parteiabsicht entsprechen, die Sache fest zu kaufen und einen auf Ausbesserung gerichteten Werkvertrag abzuschließen. Aber regelmäßig wird es der Parteiabsicht besser entsprechen, daß die Sache fest gekauft sein soll mit der Nebenberedung der Ausbesserung. Von dem festgesetzten Preis soll nicht ein Teil für die Sache, ein Teil für die Ausbesserung gezahlt werden, sondern der Kaufpreis soll einheitlich für die noch auszubessernde Sache ge-

zahlt werden und das Versprechen der Ausbesserung soll Teil des einen Kaufvertrages sein.

In solchem Fall können bezüglich des zu beseitigenden Fehlers oder der zu verschaffenden Eigenschaft weder die Gewährsvorschriften des Kaufes, noch diejenigen des Werkvertrages zur Anwendung gelangen. Die ersteren nicht, weil Käufer bei Abschluß des Vertrages die Mängel kannte (§ 460); die letzteren nicht, weil es sich nicht um einen Werkvertrag handelt.

Vielmehr können nur die allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages zur Anwendung gebracht werden. Ist daher die Ausführung der vom Verkäufer übernommenen Ausbesserungspflicht von vornherein unmöglich, so ist der ganze Kaufvertrag nichtig (§§ 306 u. 239) — nicht etwa nur der auf Ausbesserung gerichtete Teil desselben — und Käufer wird auf den Ersatz des negativen Vertragsinteresses beschränkt sein (§ 307). Bei nachträglich eintretender Unmöglichkeit der Beseitigung des Fehlers oder der Verschaffung der versprochenen Eigenschaft sind die §§ 323—325 anzuwenden. Versäumt nämlich der Verkäufer schuldhaft die Beseitigung des Fehlers oder die Verschaffung der Eigenschaft, so kommt er in Teilverzug. Käufer kann dann Nachbesserung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen und gelangt, wenn er die Annahme der unverbesserten Sache ablehnt, seinerseits weder in Annahme- noch in Schuldnerverzug. Er kann aber auch nach § 326 vorgehen.

IV.

Nachlaßinventar und ehelicher Güterstand.

Von Dr. **Paul Krug**, Gerichtsassessor in Mainz.

Nach § 1406^{I} BGB. kann die in gesetzlichem Güterstande lebende Ehefrau selbständig eine ihr anfallende Erbschaft antreten. Dasselbe gilt gemäß § 1453 BGB. für die allgemeine Gütergemeinschaft und auf Grund der §§ 1525^{II} und 1549 BGB. auch für die Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft. Der Nachlaß fällt, soweit nichts anderes bestimmt ist, bei dem gesetzlichen Güterstande und der Errungenschaftsgemeinschaft in das eingebrachte Gut (§§ 1363^{II}, 1521), bei der allgemeinen Gütergemeinschaft in das Gesamtgut (§ $1438^{I\,2}$), bei der Fahrnisgemeinschaft mit dem unbeweglichen Teile in das eingebrachte Gut, mit dem beweglichen in das Gesamtgut (§§ 1549, 1551^{I}). Die Passiva der Erbschaft treffen bei unbeschränkter Erbenhaftung das ganze eingebrachte Gut (§§ 1411, 1413, 1525^{II}), bezw. Gesamtgut (§§ 1459, 1461, 1549) und in diesem Falle auch das Eigenvermögen des Mannes (§ 1459^{II}). Es hat daher der Mann ein leicht ersichtliches Interesse daran, ob für die Frau beschränkte oder unbeschränkte Erbenhaftung eintritt. Der Rücksicht hierauf entspringt unter anderem der § 2008 BGB.:

„Ist eine Ehefrau die Erbin und gehört die Erbschaft zum eingebrachten Gute oder zum Gesammtgute, so ist die Be-

stimmung der Inventarfrist nur wirksam, wenn sie auch dem Manne gegenüber erfolgt. Solange nicht die Frist dem Manne gegenüber verstrichen ist, endigt sie auch nicht der Frau gegenüber. Die Errichtung des Inventars durch den Mann kommt der Frau zu statten.

Gehört die Erbschaft zum Gesammtgute, so gelten diese Vorschriften auch nach der Beendigung der Gütergemeinschaft."

A. Durch die Bestimmung des § 2008 wird dem Manne die Möglichkeit gewährt, mittels selbständiger Inventarerrichtung den bei ungenütztem Verstreichenlassen der Inventarfrist drohenden Verlust der Haftungsbeschränkung abzuwenden. Die Regelung ist unvollständig, vor allem insofern, als der Gefahr des Verlustes der Haftungsbeschränkung durch unredliche Inventur (§ 2005)[1]) oder Auskunfts- und Eidesweigerung (§§ 2003, 2006) nicht gedacht ist. Die Erörterung der auftauchenden Fragen hat eine Reihe von Meinungsverschiedenheiten ergeben; um ihrer Lösung näher zu kommen und für die richtige Ansicht eine sichere Begründung zu erlangen, wird man meines Erachtens auf die beherrschenden Grundgedanken zurückgehen müssen. Ich erblicke dieselben in folgenden Sätzen:

1) Die Frau haftet wie jeder Erbe zunächst an sich unbeschränkt, mit der Möglichkeit, durch Herbeiführung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses die Haftung zu beschränken[2]). An ihrer Statt kann jedoch auch der Mann durch Erwirkung dieser Maßnahmen[3]) den gleichen Erfolg, Beschränkung der Haftung, erzielen.

---

1) Die Bestimmung, die der Entw. I § 2148³ für diesen Fall enthielt, ist in der II. Kommission gestrichen worden (siehe Prot. 5, 806/7).

2) Im Interesse einer einheitlichen und klaren Darstellung muß von einer bestimmten Stellungnahme in dem Streite über unbeschränkte oder beschränkte Erbenhaftung ausgegangen werden. Sachliche Verschiedenheiten dürften in den vorliegenden Fragen kaum davon abhängen.

3) Daß der Mann auch die Nachlaßverwaltung selbständig beantragen

2) Diese Beschränkbarkeit der Haftung kann jedoch von der Frau verloren werden durch Verletzung gewisser ihr in Bezug auf die Inventarerrichtung den Gläubigern gegenüber obliegenden Pflichten (der Inventarpflicht). Damit entfällt stets auch für den Mann die Beschränkbarkeit und tritt auch ihm gegenüber unbeschränkbare Haftung ein. *Um ihn hiergegen zu schützen, wird ihm gestattet, die der Frau obliegende Inventarpflicht seinerseits an ihrer Statt zu erfüllen.*

3) Verdeutlicht man sich den letzteren Gedanken, so ergibt sich alsbald zweierlei:

a) *Die Frau bleibt alleiniger Träger der Inventarpflicht*; der Mann kann daher wohl, indem er an Statt der Frau die ihr obliegende Inventarpflicht erfüllt, die Folge der Pflichtverletzung, nämlich die Unbeschränkbarkeit der Haftung, abwenden; niemals aber kann *er* durch pflichtverletzendes Verhalten die nachteilige Folge selbst herbeiführen.

b) Ist der Tatbestand der Inventarpflichtverletzung seitens der Frau einmal vollendet, so kann von einer Erfüllung der Pflicht weder durch sie noch an ihrer Statt durch den Mann weiter die Rede sein [1]).

Man könnte das gleiche Ergebnis auch etwa so formulieren: Sobald die Inventarpflicht *durch einen der Gatten* — oder beide gemeinsam — erfüllt ist, kann nicht mehr der Nachteil der Unbeschränkbarkeit eintreten, ist also die Beschränk-

kann, ist trotz fehlender Gesetzesvorschrift mit der durchaus herrschenden Meinung festzuhalten. Daß aber das Schweigen des Gesetzes im Gegensatze zu KO. § 218, ZPO. § 999, BGB. § 2008 eine auffallende Lücke bildet, die nur durch einen kühnen Analogieschluß überbrückt werden kann, sollte man sich nicht verhehlen.

1) Beachtenswert ist hier der inhaltliche Unterschied von den im Wortlaut sich anlehnenden §§ 2063 (Miterbe), 2144[II] (Nacherbe), 2383[II] (Erbschaftskäufer).

barkeit gesichert; sobald die Inventarpflicht von der Frau verletzt ist, kann der Nachteil der Unbeschränkbarkeit nicht mehr abgewendet werden.

4) Die Verletzungen der Inventarpflicht, die die Unbeschränkbarkeit der Haftung im Gefolge haben, bestehen:

a) in der Unterlassung der Inventur während der gestellten Inventarfrist (§ 1994 I ^{2});

b) in unredlicher Inventur während oder auch außerhalb einer gestellten Inventarfrist (nach näherer Maßgabe des § 2005);

c) in Verweigerung oder absichtlicher erheblicher Verzögerung der Auskunft gegenüber der inventarisierenden Behörde (§§ 2003, 2005 I ^{2});

d) in Verweigerung des Offenbarungseides (§ 2006); sie führt jedoch nur partielle Unbeschränkbarkeit herbei.

Betrachten wir diese Fälle im einzelnen unter Beachtung der oben festgestellten Grundgedanken, so kommen wir meines Erachtens zu folgenden Ergebnissen.

B. I. Die Unbeschränkbarkeit der Haftung tritt ein, wenn der Erbe die ihm gesetzte Inventarfrist, ohne ein Inventar zu errichten, verstreichen läßt. Zufolge des dem Manne gewährten Vertretungsrechts ist dies bei der erbenden Ehefrau nur dann der Fall, wenn auch der Mann innerhalb der Frist ein Inventar nicht errichtet hat. Da erst mit dem Ende der ungenützten Frist die Inventarpflicht seitens der Frau verletzt erscheint und bis zu diesem Zeitpunkte der Mann noch den Erfolg der Pflichtverletzung abwenden kann, so kommen ohne weiteres in der Person der Frau eintretende Hemmnisse des Fristenlaufs (§§ 1997, 203 I, 206; 1998) auch ihm zu gute; mit Recht wurde dieser sich von selbst ergebende Satz vom Gesetz nicht besonders ausgesprochen[1]). Dagegen beruht es

1) Aehnlich Strohal, § 78 III 3 d γ. Unnötig zweifelnd Planck-Ritgen, § 2008 n. 2 b.

auf besonderer, über den Grundgedanken an sich hinausgehender Vorschrift, daß die Frist für die Frau nur zu laufen beginnt, wenn ihre Bestimmung auch dem Manne gegenüber erfolgt ist, und daß sie für die Frau nicht endet, ehe sie auch für den Mann völlig verstrichen ist, so daß in der Person des Mannes eintretende Hemmungsgründe sie gleichzeitig auch für die Frau erstrecken. Jedoch widerstreitet es dieser Vorschrift nicht, daran festzuhalten, daß in Wirklichkeit nur eine — der Frau gesetzte — Frist besteht, deren Beginn und weiterer Lauf sich lediglich besonders regeln, insofern sie beide von in der Person des Mannes gelegenen Umständen abhängig sind. Es ergibt sich diese Annahme aber andererseits mit Notwendigkeit aus der Erwägung, daß die Inventarfrist nichts anderes bedeutet als eine Frist für die Erfüllung der Inventarpflicht, eine Inventarpflicht jedoch nur der Frau allein obliegt, während dem Manne lediglich die Befugnis zusteht, in der Erfüllung dieser Pflicht für sie einzutreten. Hieraus dürften nun nachstehende Folgerungen zu ziehen sein:

1) Es kann sich für beide Gatten nur um eine auf Antrag eines und desselben Gläubigers bestimmte und im Zeitmaß einheitliche Frist handeln. Ist die der Frau bestimmte Frist — im Rahmen des § 1995I — dem Manne gegenüber länger oder kürzer angegeben, so ist die Bestimmung überhaupt unwirksam. Die Inventarfrist gilt beiden Gatten gegenüber als bestimmt, wenn der die Frist setzende Gerichtsbeschluß beiden Gatten zugestellt ist (§ 1995I²); die Zustellung auch an den Mann wird von Amts wegen ohne besonderen Antrag des Gläubigers zu erfolgen haben. Findet die Zustellung an beide Gatten zu verschiedenen Zeitpunkten statt, so ist lediglich der spätere maßgebend. Nichts wird natürlich im Wege stehen, die etwa aus Versehen oder dergl. versäumte Zustellung an den Mann nachträglich nachzuholen; es ist dann ein-

fach der Beginn des Fristenlaufs für die Frau bis dahin aufgeschoben.

2) Dem Manne steht — mögen auch in seiner Person die Gründe dafür vorliegen — kein Antragsrecht auf Verlängerung der Frist zu (§§ 1995^{III}, 1996). Die Bestimmung des § 2008$^{I^2}$ begreift nur die Hemmungsgründe, die ohne weiteres die Frist erstrecken (§§ 1997, 1998), in sich; da wir in ihr eine über den Grundgedanken hinausgehende Erweiterung fanden, so erscheint sie analoger Ausdehnung unfähig. Nicht zweifelhaft kann dies meines Erachtens für das nach § 1995^{III} gegebene Antragsrecht sein. Dagegen könnte für ein Antragsrecht des Mannes nach § 1996 — im Falle seiner Verhinderung durch höhere Gewalt bezw. infolge unverschuldeter Unkenntnis von der Fristbestimmung — geltend gemacht werden, daß dieser Umstand dem Sinne des Gesetzes nach doch auch an sich, gleich den Tatbeständen der §§ 1997, 1998, den Ablauf bezw. Beginn der Frist zu hemmen geeignet erscheint und wohl nur um Unsicherheiten im einzelnen Falle zu vermeiden, dem Gerichte die auf Antrag erfolgende Festsetzung — deklaratorischen Charakters — gegeben ist.

Unabhängig von diesen Erwägungen wird dagegen die Frage zu beantworten sein, ob dem Manne ein selbständiges Beschwerderecht nach § 77$^{I\ u.\ II}$ FG. gegen die die Frau betreffenden Maßnahmen (Bestimmung der Inventarfrist, Entscheidung über Bestimmung einer neuen oder über Verlängerung der Inventarfrist) zusteht. Die Antwort hat lediglich auf § 20 FG. zu beruhen; danach ist die Frage zu bejahen, da das Recht des Mannes auf Abwendung der Unbeschränkbarkeit durch diese Maßnahmen beeinträchtigt sein kann (siehe auch Schultze-Görlitz, Kommentar zum FG. § 77 n. 3 a).

3) Es ist kein Grund einzusehen, warum die Vorschrift

des § 2008 nicht uneingeschränkt zur Anwendung kommen könnte, wenn der Güterstand erst nach dem Erbfall, jedoch vor der Bestimmung der Inventarfrist eingetreten ist. Anders dagegen, wenn der Güterstand erst dann eintrat, nachdem bereits der Frau eine Inventarfrist wirksam gesetzt war. In diesem Falle dürfte die Sachlage so zu beurteilen sein: Der Lauf der Inventarfrist hat zweifellos begonnen und diese Tatsache kann durch den nachträglichen Eintritt des Güterstandes nicht unwirksam gemacht werden, für die Anwendung des § 2008[1] bleibt daher kein Raum [1]). Dagegen fällt mit dem Beginne des Güterstandes dem Manne ohne weiteres das Recht zu, durch Errichtung des Inventars an Stelle der Frau (bezw. durch Stellung eines Antrags auf Inventaraufnahme gemäß § 2003[1]) bis zum Ende der im Lauf befindlichen Frist die drohende Folge etwaiger Fristversäumung — die Unbeschränkbarkeit — abzuwenden. Auch wird anzunehmen sein, daß vom Eintritte des Güterstandes an Hemmungsgründe, die in der Person des Mannes liegen (§§ 1997, 1998), die noch laufende Frist auch für die Frau verlängern (entsprechend § 2008[1]).

II. Indem wir uns nunmehr den Wirkungen der Inventarerrichtung zuwenden, haben wir zunächst folgende Unterscheidungen zu treffen:

1) Das vollständige Inventar enthält ohne erhebliche Auslassung die Aktiva des Nachlasses, seine rechtzeitige Errichtung sichert die Beschränkbarkeit der Haftung.

2) Das (subjektiv) unredliche Inventar enthält absichtlich eine erhebliche Unvollständigkeit der Aktiva oder führt in Benachteiligungsabsicht unwahre Passiva auf; seine Errich-

1) So auch Neumann, Handausgabe des BGB. § 2008 n. 1 i. f.; Frommhold, § 2008 n. 1; anders dagegen Wilke, S. 81; Herzfelder, § 2008 n. 1; Planck-Ritgen, § 2008 n. 3a; siehe auch Motive 5, 679.

tung während oder auch vor einer gesetzten Inventarfrist führt die Unbeschränkbarkeit der Haftung herbei (§ 2005[I]). Daß bei unredlicher Inventur innerhalb einer gestellten Inventarfrist bereits mit ihr und nicht erst mit Ablauf der weiterhin ungenützten Frist die Inventarpflicht verletzt und die Unbeschränkbarkeit unabwendbar gegeben ist, muß mit Strohal (siehe 3. Aufl. § 73 n. 25) und Ritgen gegen Herzfelder und Wilke durchaus festgehalten werden. Es ergibt sich von dem oben (vergl. sub A) vertretenen Standpunkte einfach aus der Erwägung, daß die innerhalb der Inventarfrist, also auf die Aufforderung zur Inventur hin versuchte Täuschung eher eine schwerere Verletzung der Inventarpflicht darstellt als die aus eigenem Antrieb — außerhalb einer Inventarfrist — vorgenommene, somit unmöglich schwächere Folgen nach sich ziehen kann.

3) Das (objektiv) unvollständige Inventar enthält bezüglich der Aktiva eine erhebliche Unvollständigkeit, jedoch ohne daß die sub 2 erforderte böse Absicht dem Errichtenden innewohnt; Unrichtigkeiten in den Passiva dagegen sind, sofern sich nicht die für das unredliche Inventar wesentliche Benachteiligungsabsicht (siehe sub 2) hinzugesellt, belanglos und vermögen dem Inventar nicht den Charakter der Vollständigkeit zu nehmen. Das unvollständige Inventar führt zwar nicht die Unbeschränkbarkeit herbei, sichert aber auch nicht die Beschränkbarkeit; es wird vielmehr insofern der frühere Zustand erhalten, als dem Erben neuerdings eine Frist zur Behebung des Mangels (Ergänzungsfrist) bestimmt werden kann, von deren Wahrnehmung alsdann die oben genannten Folgen abhängen (§ 2005[II]). Es bleibt somit — worauf namentlich hinzuweisen ist — eine Verwirkung der Beschränkbarkeit durch Verletzung der Inventarpflicht seitens des Erben (also hier der Frau) möglich (Verstreichenlassen der Ergänzungsfrist, unred-

liche Ergänzung ꝛc.). Auch hier müssen sich an eine freiwillig — außerhalb einer gestellten Ergänzungsfrist — vorgenommene vollständige oder unredliche Ergänzung die gleichen Folgen knüpfen wie an die entsprechende Art der Inventur selbst.

Möglich ist, daß nur einer der Gatten ein Inventar errichtet oder daß beide es tun und zwar jeder gesondert; möglich ist aber auch, daß sie die Errichtung gemeinschaftlich vornehmen; letzterem Falle muß es nach § 2004 gleichgestellt werden, wenn der eine Gatte auf das von dem anderen bezw. auf dessen Antrag (§ 2003) angefertigte Inventar dem Nachlaßgerichte gegenüber mit der Erklärung Bezug nimmt, daß es auch als von ihm eingereicht gelten soll. Bei dem — kraft Errichtung oder Bezugnahme — gemeinschaftlichen Inventar kann es nun vorkommen, daß sich das Inventar hinsichtlich der Person des einen Gatten als (subjektiv) unredlich, hinsichtlich des anderen als (objektiv) unvollständig darstellt, insofern eben nur dem einen der Gatten die böse Absicht innewohnte. Ja es kann sogar sein, daß das Inventar auf der einen Seite als unredliches, auf der anderen als vollständiges erscheint. Es wäre dies dann der Fall, wenn der eine Teil bei Vollständigkeit der Aktiva in Benachteiligungsabsicht die Passiva fälschte, während dem anderen Teil die Kenntnis hiervon oder jedenfalls doch die Benachteiligungsabsicht fehlte.

Nach diesen Feststellungen ergeben sich die Resultate aus den oben angeführten Grundgedanken einfach:

1) Hat einer der Gatten oder haben beide — gesondert oder gemeinschaftlich — innerhalb der Inventarfrist ein vollständiges Inventar errichtet, so ist die Inventarpflicht erfüllt und die Beschränkbarkeit der Haftung gesichert. Der Errichtung steht die seitens eines der Gatten erfolgende Bezugnahme auf ein bereits bei dem Nachlaßgerichte vorhandenes vollständiges Inventar gleich (§ 2004). Hat einer der Gatten innerhalb

der Frist den Antrag auf amtliche Inventaraufnahme gestellt — auch dem Antrage des Mannes wird diese Wirkung zuzuschreiben sein — so ist damit die bei ungenütztem Ablauf der Inventarfrist drohende Gefahr der Unbeschränkbarkeit zunächst abgewendet (§ 2003I²); die weiteren Folgen sind von dem ferneren Verhalten der Gatten abhängig (§ 2005I², siehe u. C).

2) Hat einer der Gatten ein unredliches Inventar errichtet, während der andere sich untätig verhielt, so ist die Inventarpflicht verletzt und die Unbeschränkbarkeit der Haftung herbeigeführt. Das Gleiche gilt natürlich, wenn beide Gatten — gesondert oder gemeinschaftlich — ein unredliches Inventar errichteten. Doch ist zu unterscheiden:

a) Hat die Frau ein unredliches Inventar errichtet, so ist damit die Inventarpflicht verletzt und der Mann vermag durch nachträgliche Inventarerrichtung innerhalb der noch laufenden Frist die eingetretene Folge der Unbeschränkbarkeit nicht mehr abzuwenden. (Abweichend Strohal, 3. Aufl. § 73 n. 28, 29; richtig dagegen noch 2. Aufl. § 73 n. 30, wo zutreffend auf den Zusammenhang mit der § 73 n. 25 erörterten Frage hingewiesen war[1]); siehe oben S. 128 u. B II 2.)

b) Hat der Mann ein unredliches Inventar errichtet, so ist damit die Inventarpflicht weder erfüllt noch verletzt; erst das ungenützte Verstreichenlassen der Inventarfrist seitens der Frau führt in diesem Falle die Unbeschränkbarkeit herbei. Bis zu diesem Zeitpunkte können sowohl die Frau wie der Mann durch Errichtung eines vollständigen Inventars — der wohl

1) Wie Strohal nunmehr die beiden Ansichten vereinigen will, ist nicht ersichtlich.

Eine unbillige Gefährdung des Mannes kann meines Erachtens in dem hier vertretenen Satze nicht gefunden werden. Der Mann, der seiner Frau in diesem Punkte zu mißtrauen Anlaß hat, möge sofort selbständig mit Inventarerrichtung vorgehen oder wenigstens auf gemeinschaftliche Errichtung halten.

die Ergänzung bezw. Berichtigung des vorhandenen unredlichen Inventars gleichzuachten wäre — die Unbeschränkbarkeit noch abwenden, oder durch Einreichung eines objektiv unvollständigen (aber subjektiv redlichen) Inventars den Schwebezustand erhalten. Mit letzterer wäre wohl die gutgläubige Bezugnahme der Frau auf das unredliche Inventar des Mannes gleichzustellen; ja dieser wird sogar, wenn die Unredlichkeit lediglich in der Aufführung falscher Passiva besteht, die Wirkung eines vollständigen Inventars zukommen.

3) Errichtet einer der Gatten, während der andere untätig bleibt, ein (objektiv) unvollständiges Inventar, oder geschieht dies von beiden gesondert oder gemeinschaftlich, so ist damit weder die Unbeschränkbarkeit herbeigeführt noch die Beschränkbarkeit gesichert. Es kann vielmehr zunächst bis zum Ende der Inventarfrist das Inventar von jedem der beiden Gatten durch Ergänzung richtiggestellt und damit die Wirkung eines vollständigen Inventars — Sicherung der Beschränkbarkeit — herbeigeführt werden. Diese Möglichkeit endet jedoch, sobald die Frau sich einer Verletzung der Inventarpflicht schuldig macht; als solche müßte außer unredlicher Inventarerrichtung auch eine unredliche Ergänzung eines von ihr oder ihrem Manne eingereichten unvollständigen Inventars und wohl auch die unredliche Bezugnahme seitens der Frau auf das unvollständige Inventar des Mannes angesehen werden.

Ist die Inventarfrist verstrichen, ohne daß die Ergänzung von einem der Gatten vorgenommen worden ist, so kann der Frau eine neue Frist bestimmt werden, für deren Beginn und Lauf natürlich gleichfalls § 2008 maßgebend ist. Bezüglich des Verhaltens der Gatten während dieser Frist und der daran sich knüpfenden Folgen muß ganz das Gleiche gelten wie oben, nur daß an Stelle der Inventarerrichtung die — vollständige, unredliche oder unvollständige — Ergänzung des Inventars tritt.

4) Liegt ein — kraft Errichtung oder Bezugnahme — gemeinschaftliches Inventar beider Gatten vor, das nur hinsichtlich des einen als unredliches, hinsichtlich des anderen als unvollständiges oder aber auch als vollständiges sich darstellt (siehe oben S. 129), so ist zu unterscheiden:

a) Ist das Inventar auch nur auf einer Seite als vollständiges zu erachten, so ist die Beschränkbarkeit der Haftung gewahrt. Eine Ausnahme hiervon wird lediglich durch den Satz bedingt, daß die durch unredliche Inventur der Frau bewirkte Unbeschränkbarkeit auch durch gutgläubige Bezugnahme des Mannes nicht mehr abgewendet werden kann (siehe auch oben S. 130 u. B II 2 a).

b) Hat das Inventar in Bezug auf den einen als unredlich, in Bezug auf den anderen dagegen nur als unvollständig zu gelten, so kommt es weiter darauf an:

α) Liegt die Unredlichkeit auf Seiten der Frau, so ist die Inventarpflicht verletzt und die Unbeschränkbarkeit gegeben.

β) Ist dagegen der Mann der unredliche Teil, so treten lediglich die an die unvollständige Inventarerrichtung geknüpften Wirkungen ein; es kann also das Inventar von jedem der Gatten bis zum Ende der Inventarfrist ergänzt, und wenn dies nicht geschehen ist, der Frau eine neue Frist zur Ergänzung bestimmt werden; dieselbe steht natürlich alsdann ohne weiteres auch dem Manne zu Gebote. Je nachdem diese Ergänzung vollständig, unvollständig oder unredlich vom Manne oder der Frau erfolgt, werden die oben bezüglich der Inventarerrichtung selbst bezeichneten unterschiedlichen Wirkungen hervorgerufen.

5) Wird außerhalb einer gestellten Inventarfrist vom Manne oder der Frau ein vollständiges oder unvollständiges oder unredliches Inventar errichtet, so knüpfen sich daran ebenfalls die oben bezeichneten Folgen. Zu bemerken wird nur sein, daß, wenn der Mann außerhalb der Inventarfrist ein un-

vollständiges oder ein unredliches Inventar errichtet, der Frau stets noch eine volle, im Rahmen des § 1995[1] sich haltende Inventarfrist zur Verfügung gestellt werden muß, während ihr im obigen Falle nur der Rest der laufenden Frist bezw. die Ergänzungsfrist gegeben war. Hat der Mann bereits vor Setzung einer Inventarfrist ein vollständiges Inventar errichtet und damit die Beschränkbarkeit gewahrt, so kann — wie dies richtiger Ansicht nach bei einem von der Frau errichteten der Fall wäre — eine Inventarfrist überhaupt nicht mehr gesetzt werden (siehe Planck-Ritgen, § 1993 n. 1).

C. Der Erbe hat des weiteren die Pflicht, der zufolge § 2003 mit der Inventur betrauten Behörde bezw. dem Beamten die erforderliche Auskunft ohne erhebliche Verzögerung zu erteilen. Verweigert er sie oder verzögert er sie absichtlich in erheblichem Maße, so verletzt er seine Inventarpflicht und führt damit den Rechtsnachteil der Unbeschränkbarkeit herbei. Gleichgültig ist es, ob die Inventur auf Grund eines innerhalb der Inventarfrist gestellten Antrags des Erben oder außerhalb jeder Inventarfrist erfolgt, auch in letzterem Falle knüpft sich an die Pflichtverletzung ohne weiteres die Unbeschränkbarkeit der Haftung.

Bezüglich der gegenseitigen Stellvertretung der Gatten bei der Auskunftserteilung wird man folgende Sätze zu Grunde zu legen haben.

1) Jeder Gatte kann freiwillig für den anderen die erforderte Auskunft erteilen und damit die Folge der Auskunftsverweigerung abwenden [1]).

1) Siehe auch Dernburg 5 § 173 n. 3. — Daß ein Gatte — etwa die Frau wegen des Besitzes des Mannes — nicht in der Lage wäre, die Auskunft zu erteilen, wird praktisch sehr selten sein. Es genügt alsdann natürlich, daß der Gatte das mitteilt, was er weiß; der Fall ist nicht anders zu behandeln, als wenn dem Erben etwa durch einen Dritten ein

2) Dagegen ist es, um die Folge der Auskunftsverweigerung herbeizuführen, nicht nötig, daß auch der andere Gatte, der an dem Inventare nicht beteiligt ist, zur Auskunftserteilung aufgefordert und von ihm darauf die Auskunft verweigert oder verzögert ist.

3) Unredliche, unvollständige oder vollständige Auskunftserteilung seitens eines der Gatten muß die gleiche Folge nach sich ziehen wie die entsprechende Art der Inventarerrichtung (vergl. dazu B II).

Je nachdem der Antrag auf amtliche Inventaraufnahme von der Frau oder dem Manne ausging, ist sodann noch zu unterscheiden:

1) Wird das Inventar auf Antrag der Frau aufgenommen und von ihr die Auskunft verweigert, dieselbe auch nicht an ihrer Statt vom Manne erteilt, so erscheint die Inventarpflicht verletzt und die Unbeschränkbarkeit der Haftung herbeigeführt.

2) Hat der Mann den Antrag gestellt und wird die Auskunft von ihm und auch von der Frau nicht gegeben, so ist die Unbeschränkbarkeit nicht abgewendet, aber auch nicht herbeigeführt; erst mit Ablauf der der Frau gestellten ungenützten Inventarfrist oder sonstiger Inventarpflichtverletzung ihrerseits (unredliche Inventarerrichtung, unredliche Auskunftserteilung) tritt die Folge ein.

3) Haben beide Gatten gemeinschaftlich den Antrag gestellt oder ist das Inventar durch Bezugnahme gemeinschaftlich geworden, so wird an beide die Forderung zur Auskunfts-

---

Teil der Erbschaft entzogen und damit die Auskunftserteilung unmöglich gemacht wäre. Wie dem Erben gegen den Dritten, fehlt es auch der Frau gegenüber dem Manne nicht an Behelfen, sich Auskunft zu verschaffen; ein solcher Behelf wäre für den gesetzlichen Güterstand schon durch § 1372 geschaffen und ist für die allgemeine Gütergemeinschaft aus § 1453 II abzuleiten.

erteilung gerichtet werden müssen; die Unbeschränkbarkeit tritt dann erst ein, wenn die Auskunft von beiden verweigert oder absichtlich erheblich verzögert ist. Denn solange nur an einen der Gatten die unbeachtet gebliebene Aufforderung ergangen ist, muß die Tätigkeit des anderen Gatten immer noch als Erfüllung der Inventarpflicht gelten, so daß durch sie die Beschränkbarkeit gewahrt erscheint; erst wenn auch er der Aufforderung nicht nachkommt und sich dadurch gleichfalls gegen die Inventarpflicht verfehlt, gehen nunmehr beide Gatten der Beschränkbarkeit verlustig. Kommt dagegen auch nur einer der Gatten der an beide gestellten Aufforderung nach, so ist dadurch wiederum durch ihn der Inventarpflicht genügt und damit das zur Wahrung der Beschränkbarkeit Erforderliche getan (siehe auch oben A 3).

D. Der Erbe hat schließlich auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers das von ihm oder auf seinen Antrag errichtete Inventar mit dem Offenbarungseide zu bekräftigen; weigert er sich dessen, so verletzt er die Inventarpflicht gegenüber dem verlangenden Gläubiger und haftet diesem unbeschränkt. Der Weigerung wird gleichgeachtet, wenn er in zwei zur Leistung bestimmten Terminen unentschuldigt ausbleibt (§ 2006). Auch hier macht es für den Eintritt der partiellen Unbeschränkbarkeit keinen Unterschied, ob die Inventarerrichtung innerhalb oder außerhalb einer dem Erben gesetzten Inventarfrist erfolgte. Tritt die partielle Unbeschränkbarkeit ein, so ist sie stets gleich den Folgen sonstiger Inventarpflichtverletzung der Frau auch dem Manne gegenüber wirksam, von einer Beschränkung der Haftungserweiterung auf das Vorbehaltsgut kann keine Rede sein. Abgesehen davon, daß gegenüber den Bestimmungen in §§ 1411, 1459 dies durch eine besondere Vorschrift ausgesprochen sein müßte, liegt die logische Begründung des hier vertretenen Standpunktes darin, daß es sich um gesetzliche und

2) Dagegen ist es, um die Folge der Auskunftsverweigerung herbeizuführen, nicht nötig, daß auch der andere Gatte, der an dem Inventare nicht beteiligt ist, zur Auskunftserteilung aufgefordert und von ihm darauf die Auskunft verweigert oder verzögert ist.

3) Unredliche, unvollständige oder vollständige Auskunftserteilung seitens eines der Gatten muß die gleiche Folge nach sich ziehen wie die entsprechende Art der Inventarerrichtung (vergl. dazu B II).

Je nachdem der Antrag auf amtliche Inventaraufnahme von der Frau oder dem Manne ausging, ist sodann noch zu unterscheiden:

1) Wird das Inventar auf Antrag der Frau aufgenommen und von ihr die Auskunft verweigert, dieselbe auch nicht an ihrer Statt vom Manne erteilt, so erscheint die Inventarpflicht verletzt und die Unbeschränkbarkeit der Haftung herbeigeführt.

2) Hat der Mann den Antrag gestellt und wird die Auskunft von ihm und auch von der Frau nicht gegeben, so ist die Unbeschränkbarkeit nicht abgewendet, aber auch nicht herbeigeführt; erst mit Ablauf der der Frau gestellten ungenützten Inventarfrist oder sonstiger Inventarpflichtverletzung ihrerseits (unredliche Inventarerrichtung, unredliche Auskunftserteilung) tritt die Folge ein.

3) Haben beide Gatten gemeinschaftlich den Antrag gestellt oder ist das Inventar durch Bezugnahme gemeinschaftlich geworden, so wird an beide die Forderung zur Auskunfts-

---

Teil der Erbschaft entzogen und damit die Auskunftserteilung unmöglich gemacht wäre. Wie dem Erben gegen den Dritten, fehlt es auch der Frau gegenüber dem Manne nicht an Behelfen, sich Auskunft zu verschaffen; ein solcher Behelf wäre für den gesetzlichen Güterstand schon durch § 1372 geschaffen und ist für die allgemeine Gütergemeinschaft aus § 1453 II abzuleiten.

erteilung gerichtet werden müssen; die Unbeschränkbarkeit tritt dann erst ein, wenn die Auskunft von beiden verweigert oder absichtlich erheblich verzögert ist. Denn solange nur an einen der Gatten die unbeachtet gebliebene Aufforderung ergangen ist, muß die Tätigkeit des anderen Gatten immer noch als Erfüllung der Inventarpflicht gelten, so daß durch sie die Beschränkbarkeit gewahrt erscheint; erst wenn auch er der Aufforderung nicht nachkommt und sich dadurch gleichfalls gegen die Inventarpflicht verfehlt, gehen nunmehr beide Gatten der Beschränkbarkeit verlustig. Kommt dagegen auch nur einer der Gatten der an beide gestellten Aufforderung nach, so ist dadurch wiederum durch ihn der Inventarpflicht genügt und damit das zur Wahrung der Beschränkbarkeit Erforderliche getan (siehe auch oben A 3).

D. Der Erbe hat schließlich auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers das von ihm oder auf seinen Antrag errichtete Inventar mit dem Offenbarungseide zu bekräftigen; weigert er sich dessen, so verletzt er die Inventarpflicht gegenüber dem verlangenden Gläubiger und haftet diesem unbeschränkt. Der Weigerung wird gleichgeachtet, wenn er in zwei zur Leistung bestimmten Terminen unentschuldigt ausbleibt (§ 2006). Auch hier macht es für den Eintritt der partiellen Unbeschränkbarkeit keinen Unterschied, ob die Inventarerrichtung innerhalb oder außerhalb einer dem Erben gesetzten Inventarfrist erfolgte. Tritt die partielle Unbeschränkbarkeit ein, so ist sie stets gleich den Folgen sonstiger Inventarpflichtverletzung der Frau auch dem Manne gegenüber wirksam, von einer Beschränkung der Haftungserweiterung auf das Vorbehaltsgut kann keine Rede sein. Abgesehen davon, daß gegenüber den Bestimmungen in §§ 1411, 1459 dies durch eine besondere Vorschrift ausgesprochen sein müßte, liegt die logische Begründung des hier vertretenen Standpunktes darin, daß es sich um gesetzliche und

nicht um rechtsgeschäftliche Folgen des Handelns der Frau dreht. [Abweichend Planck-Ritgen § 2008 n. 4 c; der Irrtum mag aus der verfehlten Zusammenstellung mit dem rechtsgeschäftlichen Verzicht der Frau auf die Beschränkbarkeit (§ 2008 n. 4 a) herrühren. Ebenfalls anderer Ansicht Strohal, 3. Aufl. § 73 n. 44 — mit Recht hatte derselbe noch in 2. Aufl. § 73 n. 30 auf den Gesichtspunkt der Haftung für unerlaubte Handlungen der Frau hingewiesen; dagegen wie hier Dernburg 5 § 173 n. 4.]

Was die Person des Schwurpflichtigen betrifft, so kann meines Erachtens nicht bezweifelt werden, daß nur derjenige von den Gatten den Eid leisten und daß nur von dem der Eid gefordert werden kann, von dem oder auf dessen Antrag das Inventar errichtet wurde. Es folgt dies aus dem Wesen der Eidesleistung als eines die in der Inventarerrichtung entfaltete eigene Tätigkeit abschließenden, an sich unselbständigen Nebenaktes. (Gleicher Ansicht Hachenburg, Vorträge 405/6; Herzfelder, § 2008 n. 3 a; abweichend Wilke, § 2008 n. 2; Planck-Ritgen, § 2008 n. 4 e, denen zufolge stets die Frau den Eid zu leisten hat.) Doch ist zu beachten, daß der andere Gatte durch Bezugnahme auf das eingereichte Inventar (§ 2004) dieses stets zum eigenen (bezw. gemeinschaftlichen) machen und dadurch bewirken kann, daß auch von ihm der Eid zu verlangen und zu leisten ist. Natürlich steht es ihm dann auch frei, das von dem anderen Gatten errichtete Inventar gemäß § 2006^{II} vorher zu vervollständigen.

Bezüglich der Beteiligung der beiden Gatten wird sodann in Anlehnung an die früheren Ausführungen zu unterscheiden sein:

1) Ist das Inventar vom Manne oder auf seinen Antrag aufgenommen und weigert er den Eid, so ist an den Haftungsverhältnissen nichts geändert; die partielle Unbeschränkbarkeit wird dadurch weder abgewendet noch herbeigeführt. Dies gilt

unbedingt, wenn die Inventarerrichtung bezw. Antragstellung außerhalb einer Inventarfrist erfolgte; fand sie dagegen innerhalb einer Inventarfrist statt, so muß das unbekräftigte Inventar dem den Eid fordernden Gläubiger gegenüber zur Abwendung der Unbeschränkbarkeit untauglich erscheinen und demzufolge mit Ablauf der ungenützten Inventarfrist bezw. (wenn diese später erfolgt) definitiver Weigerung des Eides partielle Unbeschränkbarkeit eintreten. Welche Wirkung das Inventar dagegen den anderen Gläubigern gegenüber hat, wird lediglich davon abhängen, ob es, abgesehen von der Eidesweigerung, als vollständiges, unvollständiges oder unredliches Inventar erscheint. Bis zum Eintritte der partiellen Unbeschränkbarkeit kann die Frau durch Bezugnahme auf das Inventar, sofern sie auf Verlangen zum Eide bereit ist, die nachteilige Folge verhüten. Die gleiche Wirkung muß es natürlich haben, wenn die Frau vor Ablauf der Inventarfrist statt der Bezugnahme ein eigenes selbständiges Inventar einreicht oder auch nur den Antrag auf amtliche Inventaraufnahme (§ 2003I) stellt.

2) Ist das Inventar von der Frau oder auf ihren Antrag errichtet, so tritt mit ihrer Weigerung der Eidesleistung, eventuell dem Schlusse des zweiten erfolglosen Termins die partielle Unbeschränkbarkeit ein. Bis zu diesem Zeitpunkte ist es dem Manne möglich, die Folge abzuwenden, dadurch daß er auf das Inventar Bezug nimmt. Es ist alsdann auch von ihm der Eid zu verlangen und erst an seine Weigerung bezw. Terminsversäumnis die Folge geknüpft. Auch hier müßte der Einreichung eines eigenen vollständigen Inventars seitens des Mannes die gleiche Wirkung zukommen, dagegen allerdings nicht (abweichend von oben) der Einreichung eines unvollständigen Inventars oder der Antragstellung nach § 2003I; denn die beiden letzteren Maßnahmen sind nur zur Abwendung der aus der Fristversäumnis, nicht aber auch der aus anderer Inventarpflichtverletzung drohenden Unbeschränkbarkeit geeignet.

3) Liegt schließlich ein für beide Gatten — durch Errichtung oder Bezugnahme — gemeinschaftliches Inventar vor, so muß der Gläubiger von beiden Gatten den Eid fordern; es genügt zur Abwendung der partiellen Unbeschränkbarkeit, daß einer der Gatten ihn leistet[1]). Die Entscheidung wie ihre Begründung kann meines Erachtens nur die gleiche sein wie bei dem ähnlich gelagerten Falle der Auskunftsverweigerung (siehe oben S. 135 u. C 3).

---

1) Gerade hier im Falle des gemeinschaftlichen Inventars will Strohal (3. Aufl. § 73 n. 44) bei einseitiger Weigerung der Frau eine sich auf das Vorbehaltsgut beschränkende Haftungserweiterung eintreten lassen, und zwar, wie es scheint, gleichgültig ob der Mann den Eid geleistet oder er von ihm gar nicht gefordert war.

V.

Zum Wirtshausrecht und zur Lehre von den herrenlosen Sachen.

Von Professor Dr. Schloßmann in Kiel.

In der Deutschen Juristenzeitung (Jahrg. 1905 S. 347 f.) erzählt und bespricht Gareis folgenden Fall, der seitdem in Juristenkreisen viel von sich reden gemacht hat: in einem Restaurant habe ein Herr für seine Begleiterin ein Dutzend Austern bestellt, diese habe in einer Auster eine Perle gefunden, für die von einem Juwelier sofort 3000 Mark geboten worden seien; es sei Streit darüber entstanden, wer Eigentümer der Perle geworden sei, die Dame, der Besteller oder Wirt. Der Fall ist alsdann auch von J. Gierke, der von Gareis Ansicht über ihn in der Hauptsache abweicht, in derselben Zeitschrift (S. 396) und vermutlich auch von anderen anderwärts erörtert worden. Obgleich er offenbar den Stempel der Erfindung trägt, und seine allseitige Erörterung füglich seminaristischen Uebungen überlassen bleiben könnte — als Turnapparat für solche eignet er sich vortrefflich, so daß er verdiente Iherings Jurisprudenz des täglichen Lebens einverleibt zu werden —, so bietet er doch wie zahlreiche Fälle dieser Art Gelegenheit zu wichtigen rechtlichen Betrachtungen und zu Zweifeln, für die das BGB. keine oder nur unbefriedigende

Lösungen gibt, und er zeigt — was der Praktiker besonders auf Schritt und Tritt wahrnehmen kann —, wie auch ein gründlich durchdachtes Gesetzbuch mit seinen Bestimmungen mitunter den Anforderungen eines gesunden Rechtsgefühls geradezu widerstreitet und den Richter zu Umgehungen nötigt, die er freilich als solche nicht offen bekennen, sondern als ausdehnende oder als einschränkende „Auslegung" oder als Analogie, als derogierendes Gewohnheitsrecht u. ähnl. bezeichnen wird. Ich will daher diesen Rechtsfall hier gleichsam als Faden benutzen, um auf ihn verschiedene kritische Bemerkungen zum BGB., die sich in passender Weise gerade an ihn anknüpfen lassen, aufzureihen.

Für die Beurteilung ist es zweckmäßig, ihn zunächst dadurch zu vereinfachen, daß wir die Dame ausschalten und die Frage darauf richten, ob, wenn ein Austern verzehrender Gast in einer Austernschale eine Perle gefunden hat, er selbst oder der Wirt diese für sich in Anspruch nehmen könne. Ich setze, wie wohl auch Gareis und Gierke getan, dabei voraus, daß, wie jetzt wohl ziemlich allgemein üblich, die Austern dem Gaste geöffnet und das Tier von der Schale getrennt, auf der einen Schalenklappe liegend, vorgesetzt worden sind.

Da die Perle ein Bestandteil der Schale ist, an der sie haftete, so ist es selbstverständlich, daß sie demjenigen zufiel, dem das Eigentum an der Schale zu der Zeit, als die Perle entdeckt wurde, zustand; die Entscheidung ist also von der Beantwortung der Frage abhängig: wer war zu jener Zeit Eigentümer der Austernschale? Daß die Perle nach der Trennung demjenigen gehört, dem die Schale gehört, das folgt dann ohne weiteres aus § 953.

Gareis und Gierke stimmen nun darin überein, daß das Servieren der Austern juristisch als Eigentumsübertragung im Sinne des BGB. § 929 aufzufassen sei; nur darin gehen sie auseinander, daß Gareis eine an den Herrn, Gierke

eine an die Dame vollzogene Uebertragung annimmt. Ich halte nach dem von Gareis vorgetragenen Tatbestand die Ansicht Gierkes für die richtige; aber dieser Punkt kann hier auf sich beruhen, da er, wie sich zeigen wird, für die Entscheidung der Hauptfrage unwesentlich ist. Wir haben vielmehr, da die Beantwortung der Eigentumsfrage in Betreff der Perle durch die Entscheidung der Eigentumsfrage bezüglich der Austernschale bedingt ist, zunächst zu prüfen, ob eine Uebertragung der Schale als geschehen anzunehmen sei.

Das eine der zu einer Uebertragung erforderlichen Momente, die Uebergabe, liegt unzweifelhaft vor; es fragt sich, ob auch das andere, — die Einigung des Uebergebenden und des Empfängers. An einer ausdrücklichen Erklärung des Uebertragungs- und des Erwerbswillens wird es, wie auch sonst in der Regel bei der Uebertragung von beweglichen Sachen, sicher gefehlt haben. Weder in der Gastwirtschaft noch in der privaten Geselligkeit denken die Beteiligten bei dem Vorsetzen von Speise und Trank an Recht und Richter und mögliche Prozesse, es müßte denn ein besonderer, das Interesse an solcher Rechtsfrage anregender Fall, wie der vorliegende, den Gedanken an sie und vielleicht ihm gemäß gestaltete Erklärungen und Vorbehalte bei dem Vorsetzen und Nehmen veranlaßt haben. Nur aus den begleitenden Umständen, namentlich aus dem Inhalte des der Uebergabe zu Grunde liegenden obligatorischen Vertrages läßt sich ersehen, ob die Uebergabe in der Absicht, Eigentum zu übertragen und zu erwerben, vollzogen worden sei.

Wiederum sind Gareis und Gierke darüber einig, daß dieser Vertrag ein Kaufvertrag und dessen Gegenstand die Auster, nicht nur das Tier, sondern auch die Schale sei. Ist das richtig, so ist in der Tat dem von den Parteien geschlossenen Vertrage die zur Uebertragung des Eigentums er-

forderliche Einigung zu entnehmen; der Gast wäre dann zur Zeit der Entdeckung der Perle und zur Zeit der Geltendmachung des Anspruches auf sie Eigentümer gewesen, wenn er sein Recht nicht inzwischen aus irgend einem Grunde eingebüßt hatte. Aber in Wahrheit läßt sich das Geschäft nicht als ein einfacher Kaufvertrag charakterisieren.

Wer in einem Wirtshause Speisen bestellt, der will sie allerdings zu seiner Verfügung erhalten, sie für einen Geldpreis erwerben; er soll mit ihnen (sofern es sich nicht um **à discrétion** servierte Speisen handelt) nach Belieben schalten dürfen, sei es, daß er sie verzehrt oder stehen läßt, sie mit sich nach Hause nimmt zc. Was der Gast hier erwerben will, der Wirt ihm verschafft, das wird man unbedenklich als Eigentum bezeichnen dürfen. Aber in der Verschaffung von Eigentum an den Speisen erschöpft sich die dem Gaste gebührende Leistung nicht, und der zu zahlende Preis stellt nicht nur das Aequivalent für die Gewährung der Speisen dar. Der Wirt soll, wenn wir Wirtschaften höheren Ranges ins Auge fassen, ihm gestatten, in seinen Räumen die Speisen zu verzehren an einem angemessen arrangierten Tische, auf dem die zum Genusse der Speisen üblicherweise erforderten Zutaten, Gewürze zc. aufgestellt sind; er hat die Gerichte in einer gewissen Form darzubieten, Teller, Bestecke, Gläser zc. zur Verfügung zu stellen, für die Behaglichkeit des Raumes, für Sauberkeit alles Gebotenen, für die nötige Bedienung zu sorgen; er darf Gästen zu seiner Wirtschaft nicht Zutritt gewähren, deren Anwesenheit wegen ihres Aeußeren oder ihres Benehmens oder ihrer sozialen Stellung bei der Art von Besuchern, auf die das Restaurant seiner tatsächlichen Führung nach als berechnet sich kundgibt, berechtigten Anstoß erregen würde. Wie alle diese, abgesehen von den Speisen selbst, zu beschaffenden Leistungen geartet sein müssen, darüber entscheiden die Uebung des Ortes oder Landes,

der Rang der Wirtschaft und allerlei andere Verhältnisse im einzelnen Falle, die der Richter, dem ja „omnium divinarum atque humanarum rerum notitia“ beiwohnen soll, berücksichtigen muß. Es liegt also nicht lediglich ein Kaufgeschäft vor; mannigfache Elemente kommen in Betracht, die auf Sachmiete, Dienstmiete und mit einem technischen Namen nicht ausdrückbare Dinge hinweisen, und diese Elemente stehen wiederum nicht beziehungslos nebeneinander, sondern greifen, auch für die juristische Beurteilung, derart ineinander, daß eine in der einen Beziehung begangene Pflichtverletzung sich möglicherweise als Nichterfüllung des Vertrages schlechthin darstellt. Mag z. B. der Wirt die bestellten Speisen in völlig tadelloser Beschaffenheit und so reichlich als es nur verlangt werden kann, geliefert haben, so ist der Vertrag nicht erfüllt, und kann die Leistung zurückgewiesen werden, wenn zu der bestimmten Stunde das Speisezimmer so kalt, oder von unangenehmen Gerüchen so erfüllt ist, daß einem Gaste das Verweilen in ihm nicht zugemutet werden kann, oder wenn die schönsten Gerichte von unsauberen Händen gereicht werden. Man wird auch nicht die Verschaffung des Eigentums an der Speise als die Hauptleistung, die andere nur als Modalität oder als Nebenleistung bezeichnen und behandeln dürfen; denn es ist nicht richtig, daß es dem Gaste stets in erster Linie auf die Gewährung von Speisen und Getränken ankomme; denn viele besuchen das Wirtshaus allein oder hauptsächlich der Gesellschaft wegen, oder um einige Zeit in einem behaglichen oder in einem belebten Raume zuzubringen, oder um ihnen sonst nicht zugängliche Zeitungen zu lesen 2c. und bestellen sich nur, weil sie sonst dort nicht geduldet würden, Speisen und Getränke, die sie, vielleicht aus Gesundheitsrücksichten, nur zu einem kleinen Teil oder gar nicht verzehren wollen. Wollte man das Verhältnis lediglich nach den Grundsätzen von Kauf und Eigentumsübertragung beurteilen,

so würden sich in mancher Richtung unerträgliche Konsequenzen ergeben; unter anderen die, daß der Wirt von dem Gaste mit der actio negatoria oder mit einer Besitzklage die Fortschaffung der nicht verzehrten Speisen und von deren Residuen, wie Austern-, Krebs-, Fruchtschalen, fordern könnte, während es doch als eine nach Treu und Glauben dem Wirte obliegende Verpflichtung gelten muß, für ihre Beseitigung zu sorgen.

Für die Beurteilung des Inhalts der Leistung und der Frage, inwieweit die Grundsätze von Kauf, Miete oder Dienstmiete ꝛc. in Betracht zu ziehen seien, ist aber auch die besondere Natur der bestellten Speisen und Getränke im einzelnen Falle zu berücksichtigen. Hier hat der Wirt dem Gaste so zu leisten, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte für Speise und Getränke gerade dieser bestimmten Art erfordern. Die Verkehrssitte bildet hier eine Ergänzung des objektiven Rechts; das ihr Entsprechende ist nicht etwa als „stillschweigend vereinbart" anzusehen; sie entscheidet daher ohne Rücksicht darauf, ob sie einer, oder beiden Parteien bekannt oder unbekannt war. So wird zwar der bestellte Wein in der Regel dem Gaste in der Originalflasche übergeben; aber der Gast darf die Flasche nicht mit sich fortnehmen, auch wegen ihrer Vorenthaltung keinen Abzug vom Preise machen, selbst wenn er den Anspruch auf sie mit erworben zu haben geglaubt hätte. Dagegen hat er jedenfalls bei besseren Weinen, bei Sekt ꝛc. auch ohne besondere Vereinbarung, und auch wenn er erst nach der Bestellung darüber von einem Sachkundigen belehrt worden wäre, Anspruch darauf, daß ihm der Wein in der Originalflasche und zwar in der Regel auch mit der ihm die Echtheit bis zu einem gewissen Grade wirklich oder nach seiner Einbildung gewährleistenden Etikette, Korken vorgesetzt und ihm, bis er sie geleert, belassen werde; er darf einen Kabinettwein, der vorher, etwa von einem unkundigen

Kellner, in eine offene Karaffe umgegossen worden ist, ohne weiteres zurückweisen. Der Gastronom von Beruf wird eine Fülle solcher für das Wirtshausrecht maßgebender Verkehrssitten anzugeben wissen, und die Habitués der verschiedenen Arten von Wirtschaften, von den die raffiniertesten kulinarischen Genüsse verheißenden bis herab zu dem niedrigsten Verbrecherkeller werden für den einzelnen Fall, je nachdem das für die eine oder die andere Kategorie maßgebende Recht zu ermitteln ist, dem Richter, sofern er, was freilich höchst selten sich ereignet, mit solchen Fragen befaßt wird, als Sachverständige zu Hilfe kommen; nur wird freilich der Richter sich hier davor hüten, sich ohne weiteres in den Dienst extremer gastronomischer und sozialer Anschauungen zu stellen, und zwischen hocharistokratischen oder plutokratischen Passionen und Vorurteilen, wie sie sich in den Verkehrsübungen exklusiver Kreise kundgeben, und plebejischer Neigung und Genügsamkeit einen freilich nicht immer leicht zu findenden vernünftigen Mittelweg einzuschlagen haben.

Es fragt sich nun: was gebührt dem Gaste, der Austern bestellt hat? Daß ihm das Austertier zu freier Verfügung zu verschaffen ist, darüber kann kein Zweifel bestehen. Wer Austern bestellt, will sie entweder so sehr zu eigen erwerben, daß er sie sich vollkommen einzuverleiben beabsichtigt, oder er will in irgend einer anderen Weise, vielleicht nur zu Gunsten seiner für Austern schwärmenden Nachbarin, der er sie unbemerkt auf ihren Teller zu legen gedenkt, über sie verfügen. Welche Bedeutung aber hat die Austernschale? Daß sie mit serviert werden muß, daß der Gast die Auster auf der Schale und zwar auf derjenigen liegend fordern kann, von der sie nach der Eröffnung gelöst worden ist, und daß er also, wenn nachweislich die Austern auf andere, etwa alte Austernschalen übertragen worden sind, sie zurückweisen kann, das wird man als feststehendes Recht ansehen dürfen, mag man es als Ge-

wohnheitsrecht, als Verkehrssitte, Usance oder wie auch sonst immer bezeichnen. Aus welchen gastronomischen Gründen das gilt, mag hier dahingestellt bleiben, obwohl auch das unter Umständen rechtlich von Bedeutung sein könnte. Jedenfalls sind dabei sachliche Gründe im Spiel und nicht etwa der formal-juristische, daß die Austernschale ein Zubehör des Tieres sei.

Ob nun aber der Gast auf Grund des Vertrages auch die Uebertragung des Eigentums an den Schalen verlangen kann, das darf nach den früheren Ausführungen nicht einseitig nach den Regeln vom Kauf beurteilt werden, sondern nur unter Berücksichtigung der gesamten Natur des hier bestehenden Verhältnisses, und diese wird bestimmt durch die vom Besteller hier regelmäßig verfolgten Zwecke, deren oberster hier in dem Verzehren besteht. Dieser Zweck erheischt aber nur, daß die Schale dem Gaste bis er die Auster, allenfalls, bis er sämtliche ihm vorgesetzten Austern verzehrt hat, verbleibe; und er kann ferner keine anderen Mängel der Schale rügen, als solche, die den Hauptzweck, den des Genusses, beeinträchtigen, also z. B. wenn sie bei der Eröffnung so splitterig geworden ist, daß die Gefahr des Herunterschluckens von Splittern besteht. Jener Zweck erfordert dagegen nicht, daß ihm die Schale zu dauernder ausschließlicher Verfügung verschafft wird. Ueber den vorhin angegebenen Zeitpunkt hinaus bedarf er ihrer ebensowenig, wie das Interesse des weintrinkenden Gastes an dem Haben der Flasche über den Zeitpunkt der Entleerung oder allenfalls der Bezahlung hinausreicht. Daß dies den empirischen Absichten der Beteiligten entspricht, ergibt sich daraus, daß wohl ausnahmslos die leeren Austernschalen ohne Widerspruch der Gäste abgeräumt werden.

Hieraus scheint nun für unseren Fall zu folgen, daß der Wirt, der ja von dem Austernhändler das Eigentum an den

ganzen Austern, also auch an den Schalen als deren Bestandteilen erlangt hat, auch nach der Auslösung des Tieres gemäß BGB. § 953 Eigentümer der Schale geblieben sei, ihm demnach auch die an ihr haftende Perle gebühre. Das ist aber meines Erachtens zu leugnen; vielmehr ist die Austernschale von dem Augenblicke an, in dem die Auster dem Gaste vorgesetzt ist, eine herrenlose Sache. Austernschalen gelten bekanntlich für die meisten Menschen, und jedenfalls für diejenigen, die an den hier erörterten Verhältnissen beteiligt sind, als vollkommen wertlose Sachen; und wenn sie auch zu diesem oder jenem Zwecke verwendet werden, wie z. B. zum Dekorieren von Gartenbeeten, zur Befestigung eines weichen Bodens, zu pharmazeutischen Zwecken, und vielleicht ein besonders ökonomischer Wirt ausnahmsweise einmal sich durch Verkauf von Austernschalen einen winzigen Gewinn zu verschaffen sucht, so wird doch durch die Tatsache, daß sie in Privathäusern wie in Gastwirtschaften regelmäßig in den Müllkasten wandern, oder, wie in manchen Wirtschaften üblich, vor dem Hause in einem offenen Behälter aufgestapelt werden, von wo sie durch den Abfuhrwagen oder von denen, die sonst Lust dazu haben, weggeholt werden, zur Genüge dargetan, daß der Wirt sie preisgibt; und es ist kein Grund zu der Annahme, daß er sie erst preisgebe in dem Momente, in dem er sie fortschaffen läßt: sobald sie dem Gaste vorgesetzt sind, besteht für ihn nicht mehr das geringste Interesse daran, sie zu haben.

Hat demnach der Wirt einerseits die Schale im Moment der Uebergabe an den Gast preisgegeben, dieser andererseits sie nicht in Eigenbesitz genommen, so ist sie von jenem Augenblick an herrenlos und Gegenstand der Aneignung geworden, — allerdings mit einigen später zu erwähnenden Beschränkungen.

An diesem Ergebnis wird man vielleicht im Hinblick auf positive Bestimmungen des BGB. Anstoß nehmen. Aber bei

ihnen bewährt sich gerade die im Eingange gemachte Bemerkung über die nicht selten sich zeigende Inkongruenz zwischen dem positiven Gesetzesbuchstaben und den unabweisbaren Forderungen eines allgemein herrschenden Rechtsgefühls.

Nach BGB. § 959 wird eine bewegliche Sache herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz aufgibt, und nach BGB. § 856 vollzieht sich die Besitzaufgabe durch die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt. In unserem Falle besteht nun zweifellos bei dem Wirt die Absicht, auf das Eigentum an der Austernschale zu verzichten. Deren Schicksale sind ihm von dem Augenblick der Uebergabe und der Abnahme seitens des Gastes vollkommen gleichgültig; gleichgültig insbesondere, was der Gast etwa mit ihnen anfängt. Aber er hat sie in seiner tatsächlichen Gewalt, jedenfalls von dem Zeitpunkte an, wo der Gast die Austern verzehrt hat und ersichtlich geworden ist, daß er ihrer nicht mehr bedürfe, spätestens jedenfalls, sobald sie durch seine Bediensteten abgeräumt sind, — in einem Besitze freilich, der sich in keine der dem Gesetzbuch bekannten Kategorien von Besitz, weder die des Eigenbesitzes noch des mittelbaren Besitzes oder des Besitzdienerverhältnisses einordnen läßt, einem Besitz also, der, und zwar mit Recht, schutzlos ist. Es steht mit der Austernschale in diesem Punkte nicht anders als mit der Schale verzehrter Hummern, Krabben, Orangen und mit dem Stanniol und den Korken geöffneter Weinflaschen. Es wäre aber schwerlich zu billigen und mit einem gesunden Rechtsgefühl nicht vereinbar, wollte man in buchstäblicher Anwendung des Gesetzes wegen der Fortdauer der tatsächlichen Gewalt Fortdauer des Eigentums annehmen; es besteht hier ebensowenig fort, wie an einem verendeten Haustier, das der Herr in seinem befriedeten Gehöft aus Nachlässigkeit hat liegen lassen, oder wie an einem Zigarrenreste, den er in seinem

Hause auf den Boden hat fallen lassen, und jedenfalls noch in seiner tatsächlichen Gewalt hat. Wer solche Sachen wegnimmt, der begeht sicher keinen Diebstahl. Aber auch keine Besitzstörung, weil diesem Besitz alle den Anspruch auf Besitzschutz begründenden Eigenschaften fehlen: er ist weder Eigenbesitz, noch Nutzbesitz oder Verwaltungsbesitz. Man darf sich dabei nicht dadurch beirren lassen, daß der Wirt die Wegnahme solcher Sachen jedem Dritten wehren dürfe. Er kann und darf es kraft seines Hausrechts, und weil er in dem Augenblicke, in dem er die Apprehension des anderen verhindert, hierdurch selbst den Eigenbesitz ergriffen hat, wenn auch nur, um ihn für die Zeit, bis die Gefahr der Störung seines Hausfriedens beseitigt ist, zu behalten. Ist aber die Besitzergreifung durch den Dritten, ohne daß der Wirt sie hinderte, einmal geschehen, so ist jener durch Aneignung Eigentümer geworden, und gewaltsame Zurücknahme, etwa nach BGB. § 859 II, dem Wirt nicht gestattet.

Solche Fälle, wo auf das Eigentum verzichtet und es trotz fortdauernden Besitzes verloren wird, sind nicht selten. Wenn z. B. ein auf einem Grundstück angebrachter Anschlag verkündet: „Hier kann Schutt abgefahren werden", so hat damit der Eigentümer sein Eigentum an den Schuttmassen verloren, trotzdem in den seine tatsächliche Gewalt begründenden Verhältnissen sich nichts geändert hat. Alles, was in Dereliktionsabsicht in den Ofen oder in den Kehrichtsbehälter geworfen worden ist, wird unbedenklich als herrenlos bezeichnet werden dürfen, auch wenn dieser sich noch innerhalb des Hauses, also in Gewahrsam des Hausherrn befindet; selbstverständlich ausgenommen die aus Versehen etwa in den Behälter geworfenen Gegenstände.

Ich erinnere mich aus meiner Studentenzeit eines heruntergekommenen, in seiner Laufbahn gescheiterten Subalternbeamten,

der in später Abendstunde, wenn der Schwarm sich zu verlaufen begann, in die Bierstuben der Stadt zu kommen und von Tisch zu Tisch gehend die stehen gebliebenen Bierneigen auszutrinken pflegte. Man fand das zwar sehr sonderbar, aber auch die Juristen unter uns sahen darin keinen Eingriff in das Eigentum des Wirtes, der doch gewiß Besitzer wie der Biergläser, so auch der in ihnen zurückgebliebenen Reste war; und was unsere juristisch-kindlichen Gemüter damals sahen, muß auch dem Verstand der Verständigen als richtig erscheinen. In allen solchen Fällen wird in der Wegnahme der Gegenstände ein Diebstahl nicht gesehen werden dürfen, selbst dann nicht, wenn der, der sie weggenommen, sie nicht für herrenlos hält; er hat nur ein Putativdelikt begangen. Die Absicht des Verzichts auf das Eigentum läßt sich aus den äußeren Umständen in diesen Fällen überall entnehmen; unter diesen ist aber auch der Charakter der Sachen zu berücksichtigen, der möglicherweise auf den Mangel der Verzichtabsicht schließen läßt, wie z. B. wenn Papiergeldscheine, Wertpapiere, Kleinodien, Manuskripte ꝛc. sich an einer solchen Stelle finden. Der Irrtum, der bei dem Herrn hier obwaltete, wenn er selbst oder durch die Hand seines Dieners derartige Sachen der erwähnten Behandlung unterworfen hat, unterliegt nicht etwa den Bestimmungen der § 119 ff.; denn BGB. § 959 fordert nicht die Erklärung der Verzichtabsicht, sondern nur das Vorhandensein dieser Absicht. Für die Strafbarkeit des Wegnehmenden aber wird es nicht darauf ankommen, ob der Mangel der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten überhaupt, sondern ob er für ihn gerade erkennbar war; wenn jemand also ein von dem Herrn aus Versehen in den Ofen ꝛc. geworfenes Stück eines kostbaren Manuskripts weggenommen hat, seinen Wert aber nach seinem Bildungsgrade nicht kennen konnte, so fehlte es ihm an dem zur Strafbarkeit erforderlichen Vorsatz. Der, wie

ich glaube, in solchen Fällen zu stellenden Forderung der Straflosigkeit der Wegnahme wird auch durch die verbreitete strafrechtliche Praxis nicht ausreichend Genüge geleistet, die die Bestrafung ablehnt, wenn der Herr in die Aufhebung seines Gewahrsams gewilligt hat. Denn nicht in allen hierhergehörigen Fällen liegt in dem Verzicht auf das Eigentum auch die Einwilligung in die Wegnahme; sicherlich z. B. dann nicht, wenn diese von seiten einer Person erfolgt, die ohne Wissen des Herrn oder sogar wider seinen Willen und vielleicht gegen sein ausdrückliches Verbot seine Räume betreten hat. Es zeigt sich also, daß BGB. § 959 in der Tat dem, was, wie ich glaube, den Verkehrsanschauungen hier entspricht, widerstreitet, und daß unter gewissen Umständen Eigentumsverlust trotz fortdauernder tatsächlicher Gewalt angenommen werden muß. Eine verständige Praxis wird den anstößigen Konsequenzen jenes Paragraphen gegenüber sich, wie auch sonst in ähnlichen Fällen, mit den bekannten, und oft zur Notwehr gegen das Gesetz unentbehrlichen Mitteln der Fiktion, einer als Auslegung bezeichneten, in Wahrheit ein Unterlegen darstellenden Behandlung des Gesetzes zu helfen wissen. —

Sind hiermit, wie ich meine, die der Annahme der Herrenlosigkeit der Austernschale sich von seiten des § 959 entgegenstellenden Bedenken beseitigt, so scheint sich ein anderes aus § 958 I zu erheben:

„Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache.“

Hat nicht der Gast die Austernschalen in Eigenbesitz genommen? In Besitz wohl; aber doch gewiß nicht in Eigenbesitz. Er betrachtet sie niemals als sich gehörend (BGB. § 872). Wenn er überhaupt jemals über den rechtlichen Charakter seiner Beziehung zu der Austernschale nachdenkt, so wird er doch schwerlich etwas anderes denken, als daß er die Schale als Unter-

lage für die Auster so lange benutzen wolle und dürfe, bis er die Auster verzehrt, wie er das Austernbrett, die Austerngabel und seinen Teller so lange benutzen will und darf, bis er alle Austern, die er zu verzehren vorhatte, gegessen.

Auch hier erweisen sich die vom Gesetzbuch aufgestellten Kategorien von Besitz übrigens als inkommensurabel mit den Gestaltungen von Besitz, wie sie im Leben auftreten. Wie der Gast nicht Eigenbesitzer der Austernschale ist, so liegen offenbar auch Besitzverhältnisse der in § 868 geschilderten Art nicht vor; denn es fehlt an einem mittelbaren Besitzer: zwischen dem Gaste und dem Wirt, der allein hier in Betracht kommen könnte, besteht bezüglich der Austernschale keines der in § 868 bezeichneten Verhältnisse, auch nicht ein ihnen ähnliches. Ebensowenig ist natürlich hier an ein Besitzdienerverhältnis im Sinne des § 855 zu denken.

Nichtsdestoweniger wird man, solange der Gast die Austernschalen für seinen Zweck vor sich stehen hat, ihm den Besitzschutz nicht absprechen, und ihn als Fremdbesitzer ansehen dürfen, und zwar aus dem Grunde, weil er die Sache nicht als eigene, „als ihm gehörend" besitzt. So wenig sich die Möglichkeit von Nießbrauch, Dienstbarkeiten, Pfandrecht an herrenlosen Sachen leugnen läßt (vergl. meine Abhandlung in dieser Zeitschrift 45, 352 f.), so wenig besteht ein Grund, dem, der eine herrenlose Sache für beschränkte und vorübergehende Zwecke in seiner Gewalt hat, den Besitzschutz zu versagen. Der Schutz des „Nutzbesitzes" hat doch nicht darin seinen Grund, daß ein anderer als mittelbarer Eigenbesitzer hinter ihm steht, der gleichfalls Besitzschutz verdient, sondern eben darin, daß er auch im Hinblick auf die begrenzten Zwecke, für die er die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, schutzwürdig erscheint; man müßte ja sonst das Erlöschen des Besitzschutzes für den Nießbraucher, Mieter ꝛc. annehmen, wenn bei wirklich bestehendem

mittelbarem Besitz der mittelbare Besitzer seinen Eigenbesitz aufgibt[1]).

Ist nun die Austernschale in der Tat herrenlos, so ist sie Gegenstand der Aneignung für jeden, der sie sich aneignen will; ein Aneignungsrecht eines anderen, das dadurch verletzt werden könnte (§ 958 II), besteht hier nicht. Hat also der Gast während des Verzehrens der Austern oder nachher und nachdem er seinen Besitz aufgegeben, die Perle in der Schale bemerkt, und diese deshalb in Eigenbesitz genommen, so hat er Eigentum erworben. Ebensogut konnte es aber auch der Kellner, der die Schalen abräumte, oder der Hausknecht, der beauftragt war, sie aus dem Hause zu schaffen, oder der Wirt, überhaupt jeder Dritte, mindestens dann, wenn er mit der Ergreifung des Besitzes nicht in unerlaubter Weise in einen noch bestehenden Besitz des Gastes eingreift; und selbst in diesem Falle, wenn es dem Gaste nicht gelang, ihn an der Apprehension zu verhindern; er könnte sich durch Besitzklage den Besitz wieder verschaffen, aber das von dem Dritten durch Aneignung erworbene Eigentum nicht vernichten. Mithin konnte auch die Dame, für die der Herr die Austern bestellt

1) Eine fernere Divergenz zwischen der Systematik des BGB. und den Anforderungen des praktischen Lebens, die ich hier beiläufig erwähnen will, ist folgende. Der Gast in der Wirtschaft hat ein vertragsmäßiges Recht der Benutzung der Geschirre, des Eßbestecks rc., die ihm zur Benutzung übergeben sind, und er hat sie, ebenso wie den Stuhl, auf dem er sitzt, zweifellos in seiner tatsächlichen Gewalt. Auch ist sein Verhältnis zum Wirt in Bezug auf diese Sache als ein mietartiges zu charakterisieren. Welcher Art ist aber seine tatsächliche Gewalt über sie? Gewiß nicht von der in § 855 geschilderten Art; ebensowenig hat er sie in Eigenbesitz; aber auch ein Besitzverhältnis nach § 868 wird man, trotzdem hier ein Mietverhältnis oder ein ihm ähnliches vorliegt, unmöglich annehmen können; denn dies würde die Konsequenz ergeben, daß der Gast, wenn nicht etwa der Tatbestand des § 229 vorliegt, die Bestecke rc. mit sich fortnehmen könnte, ohne daß der Wirt ihn mit Gewalt daran verhindern dürfte.

hatte, sich die die Perle enthaltende Schale aneignen, und deshalb ist die von Gareis und von Gierke erörterte Frage, ob die Auster zunächst von dem Herrn oder sofort von der Dame erworben worden sei, hier unerheblich. —

Zum Schlusse streife ich noch kurz eine benachbarte Frage, bei der gleichfalls die Unvollkommenheit der Bestimmung des § 959 zu Tage tritt.

„Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt."

Das Gesetzbuch will offenbar die Frage, auf welche Weise eine im Eigentum jemandes stehende Sache herrenlos wird, erschöpfend regeln. Aber auch in diesem Punkte dürfte es den Anforderungen des Lebens und der Gerechtigkeit nicht genügen: es gibt Fälle, in denen man nicht umhin können wird, an den bloßen und zwar auch den ohne Willen des Herrn eintretenden Besitzverlust trotz Mangels der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, das Herrenloswerden der Sache zu knüpfen; — also umgekehrt wie in den vorhin besprochenen Fällen, in denen der Verzicht auf das Eigentum ohne Besitzaufgabe Herrenlosigkeit zur Folge haben mußte.

Es hat jemand am Meeresstrande Muscheln, Mineralien, Algen, Seetiere gesammelt, um sie seiner Naturaliensammlung einzuverleiben, sie aber dann, da ihre Wegschaffung ihm beschwerlich wurde, an einer Stelle am Strande, an der er sie sicher glaubte, hingelegt, vielleicht auch in den Sand eingegraben, um sie später mit fremder Hilfe abzuholen. Die tatsächliche Gewalt hat er hier aufgegeben; auf das Eigentum hat er sicher nicht verzichten wollen. Sollte hier ein anderer, der in gleicher Sammlerabsicht den Strand durchstreift und zufällig auf jene Muscheln zc. stößt, sie nicht durch Besitzergreifung in sein Eigentum bringen, mindestens dann, wenn

er von den vorhin geschilderten Vorgängen keine Kenntnis hatte, und auch den Umständen nach nicht annehmen konnte, daß ein Dritter sie als ihm gehörige nur zeitweilig hier niedergelegt habe? Weshalb sollte dem guten Glauben in diesem Falle der Rechtsschutz versagt werden, der dem Erwerber von Eigenbesitz bei dem derivativen Erwerbe nach BGB. § 932 zu Teil wird? Welchen Unterschied macht es denn, ob der Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit irrtümlich annahm, jene Sachen gehörten niemand, oder ob er glaubte, daß sie seinem Auktor gehörten? Vielleicht hat er sie auch noch mit großer Mühe und Gefahr, bei andringender Flut, sich erobert. Die durch den § 959 an die Hand gegebene Entscheidung wäre nicht zu ertragen. Eine sachgemäße Behandlung solcher Fälle aber würde trotz des § 959 vielleicht in folgender Weise zu ermöglichen sein.

Ein gefangenes wildes Tier wird herrenlos, wenn es die Freiheit wieder erlangt, falls es der Eigentümer nicht unverzüglich verfolgt, oder er die Verfolgung aufgibt. Daß hier der bloße Besitzverlust ohne den Verzicht auf das Eigentum genügt, um das Tier herrenlos zu machen, das kann seinen Grund, obwohl er nirgends ausgesprochen ist, wohl nur in einem dem Gesetzgeber wahrscheinlich nicht zum vollen Bewußtsein gekommenen Rechtsgefühl haben, das bei dem Versuche, es genauer zu analysieren, folgenden Satz ergeben würde: das in Freiheit gelangte Tier wird jedem Dritten in der Regel als herrenlos erscheinen; und wer es erlegt oder gefangen, dafür vielleicht Zeit und Mühe geopfert hat, der verdient mit Rücksicht auf seinen guten Glauben den Schutz des Gesetzes; warum auch übrigens hat es der Eigentümer seinen Händen entkommen lassen? Diese Erwägung darf aber entsprechend auch bei solchen Sachen zur Geltung gebracht werden, die in der Regel als herrenlose am Meeresstrande, im Meere, in öffent-

lichen Flüssen, in Wald und Feld vorzukommen pflegen; und bei Schnecken, Quallen, Muscheltieren, Seesternen u. ä. wird man sogar den § 959 unmittelbar anwenden können; denn sie als „wilde Tiere“ zu bezeichnen, daran wird man wegen ihres geringen oder ihnen völlig mangelnden Fortbewegungsvermögens keinen größeren Anstoß nehmen, als bei Fliegen, Maikäfern, Spinnen, Mäusen ꝛc., die doch gleichfalls, in vollem Widerspruch mit dem allgemeinen Sprachgebrauch, im Sinne des BGB. „wilde Tiere“ sind. — Gegen die Richtigkeit des Gesichtspunktes des guten Glaubens und des der Bestimmung des § 959 zu Grunde liegenden Motivs scheint allerdings zu sprechen, daß bei ausländischen oder auch heimischen, aber sehr seltenen Tieren, die aus zoologischen Gärten oder Menagerien in die Freiheit gelangen, der Dritte, der sie erlegt oder einfängt, sich schwerlich jemals in gutem Glauben befinden wird. Aber es läßt sich doch auch nicht leugnen, daß die vom Gesetzgeber allerdings gewollte Anwendung des § 959 auch auf solche Tiere unerträgliche Härten im Gefolge haben kann, und auf einer, allerdings auch schon im gemeinen Rechte geübten, aber den von solchen Fällen gar nicht redenden römischen Rechtsquellen fremden Konsequenzmacherei beruht. Wenn ein solches Tier aus seinem Käfig entkommt, vielleicht ohne jedes Verschulden des Herrn und seiner Leute, vielleicht unter Mitwirkung eines die Flucht begünstigenden arglistigen Verhaltens eines Dritten, und ohne Wissen des Herrn, der darum auch die Verfolgung nicht unverzüglich betreiben konnte, oder wenn der Eigentümer vielleicht das ganz außerordentlich seltene Insekt oder Seetier, das er in seiner Tasche oder einem Behälter trug, auf der Straße in der Stadt, in der doch solche Tiere sonst sich nicht zu finden pflegen, verloren hat, dann soll ein Dritter, der ohne jede Mühe und Gefahr das Tier gefangen oder aufgehoben hat, das Eigentum erlangen, der Eigentümer

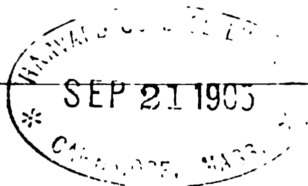
es verlieren und damit möglicherweise einen Wert von Tausenden einbüßen? Welcher Gerechtigkeitsgrund ließe sich denn dafür anführen? Der Grund liegt lediglich in der hier verwendeten Terminologie des BGB., die allerdings nicht erst durch dieses geschaffen worden ist, und in dem Doppelsinn, der dem Ausdruck „wildes Tier" anhaftet, und der einmal ein wild, d. h. in Freiheit lebendes Tier bezeichnet, dann aber auch häufig auf die Charaktereigenschaften: die Bosheit, den Jähzorn, die Reizbarkeit einer Tiergattung hindeutet, so daß man im gemeinen Sprachgebrauch sogar wohl in der Regel jenen Ausdruck gleichbedeutend mit dem Ausdruck „reißendes Tier" gebraucht. Bei wilden Tieren in diesem zweiten Sinne läßt sich nun allenfalls eine Bestimmung, wie sie § 959 enthält, damit rechtfertigen, daß das Einfangen reißender Tiere häufig ungewöhnlichen Mut, große Klugheit und List, Aufwand schwerer Mühe erheischt und in der Regel nicht ohne Lebensgefahr zu bewerkstelligen ist, daß ferner der, der sich des entlaufenen Tieres bemächtigt hat, damit oft die Bewohner eines weiten Gebiets von einer gemeinen Gefahr befreit hat, und daß endlich eine so rigoristische Bestimmung für den Herrn eines solchen Tieres ein starkes Motiv zur Anwendung der durch das öffentliche Interesse erheischten äußersten Sorgfalt in der Verwahrung des Tieres bilden muß. Aber diese Gründe treffen doch nicht allgemein für wilde Tiere in der ersten der angeführten Bedeutungen zu. In der gemeinrechtlichen Theorie suchte man (vergl. Dernburg, Pand. I § 213) die mißlichen Konsequenzen der zu weiten Fassung der den Verlust des Eigentums an „wilden Tieren" regelnden Norm dadurch zu beschränken, daß man sagte, ausländische Tiere könnten in Deutschland die „naturalis libertas", von der die römischen Quellen sprechen, nicht wieder erlangen. Aber auch diese, wenngleich etwas gekünstelte, so doch zur Beseitigung wenigstens gewisser Härten geeignete

Handhabe hat die Kommission für die zweite Lesung ohne triftigen Grund (vergl. Prot. 3, 254) dadurch zerstört, daß sie von den im I. Entw. § 905 enthalten gewesenen Worten „natürliche Freiheit" das erste strich, und zwar ausgesprochenermaßen in der Absicht, auch ausländische Tiere durch Erlangung der Freiheit herrenlos werden zu lassen. Gerechtfertigt würde es allein sein, zu bestimmen, daß, wenn eine im Eigentum einer Person stehende Sache (gleichviel, ob ein Tier oder eine andere) von einer Art von Sachen, die regelmäßig als herrenlose vorkommen, gleichviel ob mit oder ohne Willen und Wissen des Eigentümers in eine Lage gerät, die sie für andere als herrenlose erscheinen läßt, so kann jeder Dritte sie durch Ergreifung des Besitzes sich aneignen, es sei denn, daß er nicht in gutem Glauben ist. Wann guter Glaube anzunehmen sei, wann nicht, das wird natürlich, soweit Tiere in Betracht kommen, für die verschiedenen Arten von Tieren, mit Rücksicht auf die Zwecke, für die sie gefangen zu werden pflegen, und nach allerhand anderen Erwägungen zu beurteilen sein.

Jede, wenn auch gezwungene „Auslegung" des § 959 aber, die ein den Forderungen der Gerechtigkeit entsprechendes Ergebnis zu Wege zu bringen vermag, wird Billigung verdienen.

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 2652

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 2852



Iherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Victor Ehrenberg,**
Professoren an der Universität in Göttingen.

Zweite Folge. Dreizehnter Band.

49. Band von „Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts".

Drittes bis fünftes Heft.



Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1905.

Inhalt.

VI.

Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht.

Eine akademische Antrittsrede.

Von Dr. **Alfred Schultze**, Professor in Freiburg i. Br.

Zwei einfache Rechtsfälle sollen zu dem Problem heranführen, das den Gegenstand meines Vortrags bildet.

1) A gibt für die Zeit einer längeren Reise einen ihm gehörigen Schmuck dem B zur Aufbewahrung. B versilbert, während A unterwegs ist, den Schmuck bei dem Juwelier C und verschwindet. C verkauft den Schmuck gegen bare Bezahlung eines angemessenen Preises an den D, der vom Vorausgegangenen nichts weiß. Kann der nunmehr von der Reise zurückkehrende A den Schmuck von D herausverlangen?

2) Dem Landwirt A wird eines seiner Pferde nachts aus dem Stalle gestohlen. Der Dieb B verkauft das Pferd an den Pferdehändler C. Dieser bringt es auf einen Pferdemarkt und verkauft es dort gegen bare Zahlung eines angemessenen Preises an den D, der vom Vorausgegangenen nichts weiß. Kann der Landwirt A es von D herausverlangen?

Das römische Recht entscheidet in beiden Fällen gleichmäßig: A hat das Eigentum und kann deshalb in beiden

Fällen den Gegenstand, dort den Schmuck, hier das Pferd, dem D ohne weiteres abfordern.

Das französische Recht (art. 2279, 2280 Code civ.) und das ebenso lautende Badische Landrecht entscheiden in beiden Fällen verschieden: A kann den Schmuck nicht von D herausverlangen. A kann aber das Pferd dem D abfordern, freilich nur gegen Ersatz des Preises, den D seinem Verkäufer, dem Pferdehändler C, auf dem Markte bezahlt hat. Er hat nur das Recht, das Pferd einzulösen [1]).

Unser deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (§§ 932, 935) entscheidet gleichfalls in beiden Fällen verschieden: A kann den Schmuck nicht von D herausverlangen. A kann aber das Pferd dem D abfordern, jedoch — darin liegt der erhebliche Gegensatz zum französischen Recht — ohne weiteres, ohne jeden Preisersatz.

Die Schweiz geht jetzt daran, ihr bürgerliches Recht neu zu ordnen. Der vorliegende Entwurf (Art. 976, 977 des „Vorentwurfs“, 972, 973 des 1904 vom Bundesrat der Bundesversammlung vorgelegten Entwurfs) schließt sich in unserer Materie nicht dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch an, sondern dem französischen Recht bezw. dem Badischen Landrecht, dem bereits das bisherige schweizerische Recht (Art. 205 ff. des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht) entsprach.

Die Regelung ist also in den verschiedenen Rechten eine sehr verschiedene, ja entgegengesetzte. Die Heranziehung des Preußischen Allgemeinen Landrechts (Teil I Tit. 15 §§ 17 ff.) und des Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 367), ebenso des englischen Rechts [2]) würde noch weitere bedeutende

---

1) Anders, wenn weder Kauf auf einem Markt noch Kauf in öffentlicher Versteigerung noch Kauf von einem Kaufmann der betreffenden Branche vorliegt. Dann kann der Eigentümer die Sache ohne weiteres abfordern.

2) Vergl. Heymann in v. Holtzendorff-Kohler, Encyklopädie I, 824.

Varianten vor Augen führen, von kleineren Abweichungen ganz abgesehen. Sie sollen indessen außer Betracht bleiben. Wir würden uns sonst, wie ich fürchte, in dem Wirrwarr heute nicht zurecht finden.

Diese bunte Mannigfaltigkeit weist auf die Schwierigkeit des Problems. In der Tat liegt hier ein Problem vor, das auf Gedanken von allgemeinster Bedeutung zurückführt, und ein wahrhaft historisches Problem, d. h. ein solches, dem man schlechterdings nur durch die verschlungenen Gänge des geschichtlichen Werdens näher zu kommen vermag, dem das übliche Rüstzeug der Dogmatik und Systematik zweifellos nicht gewachsen ist.

Eins springt sofort ins Auge: der Gegensatz des römischen Rechts zu den anderen Regelungen. Sieghaft dringt dort das Eigentum des A in beiden Fällen, am Schmuck und am Pferde, gegen den redlichen Käufer D durch. Das Eigentum bleibt trotz des Besitzverlustes dem A unverloren und entfaltet seine unsichtbare Wirksamkeit gegen alle anderen, auch gegen den D, als er den Schmuck beim Juwelier, das Pferd auf dem Pferdemarkte kaufte. Schon in diesem Augenblicke erwuchs gegen ihn, für ihn selbst unerkennbar, der Herausgabeanspruch: „Ubi rem meam invenio, ibi vindico". Gleichgültig, wie die Sache aus der Hand des A gekommen, gleichgültig, wie sie in die Hand des D gekommen ist: es genügt, daß der A der Eigentümer ist, und kraft seines Eigentums muß ihm jeder andere wieder auf sein Verlangen die Sache aushändigen.

Das ist eine Regelung auf Grund einer Abstraktion von großer Einfachheit, Klarheit und Schärfe. Und dennoch haben alle unsere geltenden, modernen Rechtsordnungen und Gesetzbücher sie abgelehnt und eine andere, in irgend einer Weise differenzierende Regelung gewählt, die den Eigentümer gegenüber

dem redlichen Dritterwerber bald in einer größeren, bald in einer kleineren Zahl von Fällen machtlos setzt oder sein Recht auf Herausgabe zu einem bloßen Einlösungsrecht herabmindert. Daß alle diese Regelungen auf germanischer Grundlage erwachsen sind, wenn auch später durch den einen oder den anderen römischen Einfluß (namentlich Wertung der Frage, ob im Einzelfall der Dritte beim Erwerb bona fide war, und Eindringen des weiten, auch auf Unterschlagungen ausgedehnten, römischen Furtivitätsbegriffes) teilweise gewandelt, ist unbestritten und auch außer allem Zweifel.

Die treibenden Kräfte des germanischen Rechts hier zu erforschen und die Art ihres Wirkens zu bestimmen, ist die germanistische Rechtswissenschaft eifrig und mit Erfolg bemüht — eine Arbeit von zugleich eminent praktischer Bedeutung, da nur sie, wie vorher bereits angedeutet ist, eine richtige Orientierung in dem Chaos der in den verschiedenen Ländern heute geltenden Normen unserer Materie zu geben und die Richtlinien für den Gesetzgeber der Gegenwart zu weisen im stande ist. Ich bin überzeugt, daß wir diesem Ziele namentlich durch die Untersuchungen der letzten Zeit[3]) um ein gut Stück näher gekommen sind. —

3) Ich [illegible] Goldschmidt in ZHR. 8, 225 ff. und 9, 1 ff. (1865, 1866), [illegible] Handelsr.[1] 1, 811 ff.; Laband, Die [illegible] Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des [illegible] (1869); Heusler, Die [illegible] der Eigentumsver[illegible] (1871), Gewere (1872) 487 ff., [illegible] 2, 3 ff.; Franken, Das französische [illegible] 1 (1879); Jobbé-Duval in Nouv. Revue histor. [illegible] 4, S. 463 ff., 533 ff. (1880); [illegible], Die [illegible] (1886); [illegible], Die [illegible] der Gewere (1884); O. Gierke, Die Be[illegible] (1897); v. Zallinger, [illegible] (Ber[illegible] 1898); [illegible] im deutschen [illegible] (1903);

Warum folgen wir im Fahrnisrecht nicht jener römischen Idee von dem gegen jeden anderen Inhaber der Sache wirksamen Eigentum[4]) mit ihrem glatten, einfachen Ergebnis? Ist es ihr abstrakter Inhalt, ist es die Unsichtbarkeit dieses Eigentums ohne tatsächliche Innehabung, die uns schreckt? Wir werden es bejahen müssen. Es will uns nicht einleuchten, daß z. B. in unserem ersten Rechtsfall der sein Geld zahlende Käufer des Schmucks D nichtsahnend von dem Eigentum des A erfaßt wird, obwohl es für ihn unerkennbar war. Wir werden vielmehr geneigt sein, diese Wirkung gegen den D gerade wegen dieser Unerkennbarkeit auszuschließen. Und so haben es in der Tat die Germanen aller Stämme seit Alters, von der Zeit an, in der die uns überlieferten Quellen überhaupt zum erstenmal diese Fragen behandeln[5]), gehalten. Der A, der sein Kleinod dem B anvertraute, hatte, wenn es aus dessen Hand in die eines anderen gelangte, gegen diesen letzteren keinen Anspruch auf Herausgabe.

Ob sie dabei in der ältesten geschichtlichen Zeit, wie wir heute, die Unbilligkeit erwogen, die durch einen Herausgabezwang möglicherweise dem „anderen", unserem D, angetan würde? Wohl nicht. Ich glaube: sie kamen gar nicht bis zu einer solchen Erwägung, weil sie durch eine viel weiter reichende, allgemeine Richtung ihrer gesamten Rechtsordnung gedeckt war, den Formalismus ihres Rechts.

Zycha in Z. f. Schweizerisches Recht 44, 74 ff. (1903); Wellspacher, Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus, in Grünhuts Z. 31, 631 ff. (1904); O. Gierke, Deutsches Privatrecht 2 (1905), S. 187 ff., 552 ff.

4) Ich spreche der Einfachheit wegen hier nur von dem Eigentum und nicht auch von den anderen dinglichen Rechten.

5) Vergl. hierzu auch meinen Aufsatz „Gerüfte und Marktkauf in Beziehung zur Fahrnisverfolgung" — Sonderabdruck aus der Festgabe für Felix Dahn (Breslau 1905), Teil I — S. 8 ff.

Für jede Berechtigung, für jede Rechtshandlung verlangten sie eine äußere, sinnlich wahrnehmbare Erscheinungsform. Nicht eine beliebige, der Wahl des einzelnen überlassene, sondern eine offiziell anerkannte, bis ins einzelste festgesetzte, ohne jeden Spielraum für willkürliche Bestimmung; eine nach dem Durchschnittsmaß der vorkommenden Fälle beschaffene, ohne Schmiegsamkeit gegenüber den Besonderheiten des Einzelfalls [6]).

Ich möchte, um dies klarzumachen, aus der Fülle der zu Gebote stehenden Beispiele nur ein dem Bereich dieses Vortrags naheliegendes anführen: So mancher wird, wenn er einen von einem Unbekannten verlorenen Gegenstand auf dem Wege gefunden hat, sich gefragt haben, von wann ab er ihn als einen „gefundenen" im Rechtssinne behandeln müsse, von wann ab er mit all den Pflichten eines redlichen Finders belastet sei, ob er die Sache sich erst einmal ansehen und dann wieder hinlegen dürfe, als ob nichts geschehen sei, u. s. w. Der Langobarde des 7. Jahrhunderts konnte nach seinem Königsedikt darüber nicht im Zweifel sein: Wenn er die Sache über die Höhe seines Knies emporgehoben hatte, war er unrettbar „Finder" geworden und büßte, falls er den Fund nun nicht offenkundig machte, als Dieb [7]).

Welche geschichtliche Mission ein solcher Rechtsformalismus bei den Germanen, wie bei anderen Völkern, im Entwickelungsgange des Staats- und Rechtslebens erfüllt hat, soll hier nicht näher erörtert werden. Der Gedanke erscheint unabweisbar, daß er auch als Schutz gegen Willkür der neu über

6) Vergl. besonders Heusler, Institut. 1 S. 47, 49 ff.; Brunner, Wort und Form im altfranzösischen Prozeß (Forschungen 272 ff) und Deutsche Rechtsgeschichte 1, 111 f.; v. Zallinger a. a. O.

7) Ed. Rothari c. 260: „Si quis aurum aut vestis seu qualibet rem in via invenerit, et super genuculum levaverit, et non manefestaverit aut ad iudicem non adduxerit, sibi nonum reddat" (das Neunfache ist die langobardische Diebstahlsbuße).

den Geschlechtsverbänden sich bildenden staatlichen Obergewalt und Gerichtsbarkeit wirkte, als die Bedingung, unter der allein den Geschlechtsverbänden die Unterwerfung unter eine übergeordnete staatliche Rechtsordnung und Gerichtsbarkeit erträglich wurde[8]). Nicht das freie Ermessen der Gerichtsversammlung sollte entscheiden, ob im Einzelfalle der Finder die Sache an sich genommen habe, sondern die ganz genau vorher abgemessene Formregel, deren Beobachtung oder Nichtbeobachtung jeder Augenzeuge kontrollieren konnte.

In diesem Rechtsformalismus haben wir auch den Grund für die germanisch-rechtliche Behandlung der uns hier beschäftigenden Frage zu suchen.

Auch das Eigentum an beweglicher Habe bedurfte der äußeren, sinnlich wahrnehmbaren Erscheinungsform. Als solche bot sich dar die tatsächliche, in dem Haben, der Innehabung, dem Gewahrsam sich äußernde Herrschaft, die sog. Gewere.

Der Eigentümer, der die Sache inne hatte, machte durch diese Form sein Eigentum erkennbar. Dem Eigentümer, der die Sache nicht mehr inne hatte, fehlte dagegen die Form, die sinnliche Wahrnehmbarkeit seines Rechts.

Freilich, wenn der A sein Kleinod dem B zur Aufbewahrung anvertraut hatte, war der B dem Eigentum des A unterworfen. Denn er hatte sich ihm ja zur späteren Rückgabe verpflichtet. In diesem vielleicht gleichfalls formalistisch gestalteten Verpflichtungsakt lag eine besondere (dingliche) Unterwerfung unter das Eigentum des A — ein Akt, der sicherlich bereits vor der geschichtlichen Zeit als rechtwirksam und bindend anerkannt war. Also, von dem B konnte der A sein Kleinod kraft dieses Unterwerfungsaktes später herausverlangen[9]).

---

8) Vergl. die in Anm. 6 Zitierten, namentlich v. Zallinger 30 ff.
9) Das ist der eine Weg, auf welchem bei Fahrhabe ein Recht an

Aber Dritte, in deren Hände die Sache aus der Hand des B gelangt war, band ein gleicher Unterwerfungsakt nicht. Sie hatten ja gar nichts mit dem A zu tun gehabt. Ihnen gegenüber machte sich unausgeglichen die Tatsache geltend, daß dem Eigentum des A die Erscheinungsform fehlte. Dem D erscheint nicht der A, sondern der ihm die Sache verkaufende und übergebende C als der bisherige Eigentümer.

So ergibt sich:

Die rechtliche Vollherrschaft über eine Mobilie, die volle Eigentumsmacht habe ich nach germanischem Recht nur, wenn ich auch die tatsächliche Herrschaft darüber sinnlich wahrnehmbar durch Innehabung, Beherbergung der Sache bei mir ausübe, wenn ich dadurch meinem Eigentum Offenkundigkeit, Publizität gebe.

Lasse ich die Sache aus dieser Position heraus, indem ich sie einem anderen anvertraue, an den ich sie verleihe, verpfände oder in Verwahrung gebe, so geht die Offenkundigkeit, Publizität meines Eigentums verloren. Und wenn die Sache nun aus der Hand meines Vertrauensmannes in die eines Dritten gelangt, so kann deshalb gegen diesen mein Eigentum nicht wirken. Ich kann mir also die Innehabung der Sache nicht wieder verschaffen. Mein Eigentumsrecht ist kraftlos, wertlos geworden, und — so ist die Konsequenz nach modernem Recht — es geht unter.

Das ist der von Huber[10]) gefundene Grundgedanke der germanisch-rechtlichen Regelung.

---

der Sache ohne gleichzeitiges Haben der Sache zur Anerkennung gelangte. Schon die Volksrechte nennen in solchem Falle den Hinterleger, Ausleiher x. „dominus". Vergl. die von Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 7, zitierten Stellen, auch in l. Salica 52 die Worte: res meas noluisti reddere". Aber die Wirksamkeit des Rechtes reichte eben nur gegen denjenigen, welcher sich in der oben gedachten Weise ihm unterworfen hatte.

10) a. a. O. Anklänge an dieses Publizitäts- oder Erkennbarkeits-

Aber es tritt noch ein weiteres Moment hinzu: ein Moment materieller Gerechtigkeit. Mein Vertrauensmann, in unserem Falle der B, dem ich die Sache zur Aufbewahrung gab, hatte sich, wie soeben hervorgehoben ist, meinem Eigentum unterworfen und sich mir zur Rückgabe verpflichtet. Er muß mir deshalb für meinen Verlust unbedingt einstehen [11]; er muß mich entschädigen. Er ist mein Garant, haftet mir für Gewährschaft [11a]. Es erscheint auch materiell gerechter, den früheren Eigentümer an den Mann seines Vertrauens zu weisen, als spätere Erwerber nachträglich um ihren Erwerb zu bringen. „Hand soll Hand wahren" und „Wo du deinen Glauben gelassen hast, sollst du ihn wieder suchen" — so lauten die Rechtssprichwörter. Das gilt dann um so mehr, wenn der Erwerber, wie in unserem Falle der D, ein redlicher Erwerber ist, der nicht weiß, und nicht wissen kann, daß er eine dem Verkäufer fremde Sache kauft.

In der Folge (nach der Rezeption) hat sich sogar auf diesen Fall, also den Fall der Redlichkeit, unter der Einwirkung des Gedankens, daß nur ein redlicher Verkehr Schutz verdiene [12],

---

prinzip in unserer Materie schon bei Goldschmidt, Handbuch des Handelsr. 1 S. 813, 815.

11) Dieser Zusammenhang zwischen der unbedingten, strengen Personalhaftung des Vertrauensmanns und dem Fehlen einer Sachverfolgung gegen den Dritten erscheint in den Volksrechten zum Teil mit deutlicher Schärfe (l. Baiuvar. XV 4 u. 5; Ed. Liutpr. 131). Man darf aber nicht, wie dies Zycha (a. a. O. 111 ff., 114) tut, in jener Haftung erst den historischen Grund für die Beschränkung der Eigentumsverfolgung erblicken. Vergl. meinen Aufsatz über Gerüfte und Marktkauf 14[41].

11a) Dieses Wort in einem weiteren — nicht auf die Gewährleistungspflicht des Verkäufers gegenüber dem Käufer beschränkten — Sinne genommen.

12) Auch unter dem Einfluß des römischen, auf unterschlagene Sachen ausgedehnten Furtivitätsbegriffes. Darüber Wellspacher, a. a. O. 646[49], 654 f., 669, 670 f. Vergl. auch H. Meyer, Entwerung und Eigentum 280 ff.; O. Gierke, Deutsches Privatrecht 2, 561[39].

die Freiheit von der Herausgabepflicht beschränkt. Wer im Einzelfall wußte oder nach der Lage des Einzelfalls wissen mußte, daß er eine fremde Sache kaufte, sollte jetzt das fremde Eigentum gegen sich gelten lassen, dem Eigentümer auf dessen Verlangen die Sache herausgeben müssen. Nur der redliche Dritterwerber sollte vor jeder Ansprache sicher sein. Das ist die abgeschliffene Fassung des Publizitätsgedankens, die in unsere modernen Gesetzbücher Aufnahme gefunden hat. —

Indessen ein schweres Hindernis erwächst unserer Auffassung: die Behandlung der gestohlenen und geraubten Sachen.

Seit ältester Zeit konnte bei den Germanen der Bestohlene, Beraubte mit der Anefangsklage seine Sache nicht bloß vom Dieb, Räuber, sondern von jedem Inhaber herausverlangen, mochte sie durch noch so viele Hände inzwischen gegangen sein und mochte sie der letzte Inhaber noch so redlich erworben haben.

Betrachten wir nun den Fall näher, so fehlte es doch auch hier, wie in den anderen Fällen, an der Erkennbarkeit, Offenkundigkeit des Eigentums[13]). Der Eigentümer war ja gerade durch den Diebstahl der Innehabung, der Gewere und damit der Erscheinungsform seines Rechtes beraubt worden. Und trotz alledem entfaltete es andauernd seine volle Wirksamkeit gegen jeden Dritten. Wie ist das zu erklären?

Man hat in einer anderen Art von Offenkundigkeit, Publizität den Ersatz gesucht (Huber)[14]).

In den engen genossenschaftlichen und nachbarlichen Verhältnissen des Mittelalters sei ein Diebstahl oder Raub rasch

13) Auch hier spreche ich der Einfachheit wegen nur von dem Eigentum, nicht auch von den anderen möglichen Rechtsbeziehungen des Bestohlenen zur Sache.

14) a. a. O. 12 ff. und 60 f.; ihm folgt H. Meyer, Entwerung S. 8 f., 13, 42 f., 48 f.

bekannt geworden. Mit Läuten der Sturmglocke und Notzeichen, mit dem Hilfegeschrei, das uns eine friesische Quelle dahin wiedergibt:

Tie uta, tie uta, ende helpet mi myn gued weer to wynnen!,

habe der Bestohlene die Nachbarn zur Verfolgung herbeigerufen, und dadurch sei eine genügende Warnung ins Land gegangen vor dem Erwerb des entwendeten Gutes, so daß ein jeder, der es dennoch kaufte, den Vorwurf zum wenigsten eines fahrlässigen Handelns verdient habe. Deswegen sei es nur gerecht gewesen, ihm die Sache wieder abzunehmen und sie dem Bestohlenen zurückzuhändigen. Mindestens habe dies für den durchschnittlichen Verlauf, für die Regelfälle zugetroffen. Auf diese allein zu achten und die Ausnahmen unter die Regel zu beugen, sei ja aber gerade die Eigenart einer formalistischen Rechtsordnung gewesen.

Diese Erklärung kann meines Erachtens nicht befriedigen [15].

Gewiß war jenes Zusammenscharen der Nachbarn durch das sog. Gerüfte eine uralte und durch das ganze Mittelalter und darüber hinaus [16] sich behauptende Rechtseinrichtung. Sie erfüllte aber eine Funktion, die heute unsere organisierte Schutzmannschaft, die Polizei und Gendarmerie, erfüllt [17], den Missetäter auf frischer Tat, womöglich noch mit dem entwendeten Gute in der Hand als dem besten Ueberführungsmittel, zu ergreifen und zur alsbaldigen kriminellen Aburteilung

15) Dies ist ausführlich von mir dargelegt in Gerüfte u. Marktkauf 16 ff., worauf ich hiermit verweise. Daß das Gerüfte keine notwendige Voraussetzung der Anefangsklage war, hat schon Julius Gierke in ZHR. 52, 614 mit Recht hervorgehoben; ebenso jetzt O. Gierke, Deutsches Privatrecht 2, 558³.

16) Vergl. dazu den schönen Beleg aus den Schriften des Zasius in Richard Schmidt, Zasius und seine Stellung in der Rechtswissenschaft, S. 55.

17) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 2, 226 ff.

zu bringen, auch: bei dieser Gelegenheit dem Dieb, jedoch eben nur diesem, die Sache zu entreißen. Gerade, wenn dies nicht gelang, die Sache vielmehr in Umlauf kam, hatte das Gerüfte seinen Zweck verfehlt. Man denke weiter an eine spätere Entdeckung des Diebstahls nach verwischter Spur, wo von einer Verfolgung und damit von einem Gerüfte keine Rede mehr sein konnte, oder gar daran, daß man erst bei dem zufälligen Entdecken der Sache bei einem Dritten seines Verlustes gewahr wurde. Man versetze sich vor allem in die doch schon frühen Anfänge eines Warenverkehrs, auf die Messen und Märkte schon der merowingischen Zeit und schließlich in die mittelalterliche Stadt. Hier waren die Verhältnisse keinesfalls mehr so eng, daß, wenn gestohlene Sachen zum Verkauf kamen, diese Qualität in den Regelfällen den Käufern erkennbar sein konnte und daß die Herausgabepflicht der letzteren durch die fahrlässige Unkenntnis hätte gerechtfertigt werden können. Dennoch wurde die Herausgabepflicht während des ganzen Mittelalters ohne Schwanken festgehalten, auch in den Stadtrechten, obgleich hier die den Marktverkehr begünstigenden Bestrebungen doch lebhaft genug wirkten.

Der wahre Grund muß also anderswo liegen. Ich finde ihn in folgendem [18]:

Diebstahl oder Raub wurde als Bruch des Rechtsfriedens betrachtet. Tiefer und vielseitiger, als die Germanen, hat aber keine andere Rasse die Idee des Rechtsfriedens erfaßt und praktisch verwertet. Es ist dies einer der eigenartigsten Züge der germanischen Rechtsgeschichte. Ich brauche die Kenner des Mittelalters nur an die Bedeutung des Königsfriedens, Dingfriedens, Burgfriedens, Marktfriedens, Straßenfriedens, Wildfriedens, an das Friedewirken bei Grundstücken

18) Gerüfte und Marktkauf 58 ff. Dort sind auch die näheren Zitate, soweit sie hier fehlen, zu finden.

zu erinnern. So können wir es verstehen, daß es den Germanen bei Diebstahl und Raub nicht bloß um kriminelle Sühne für den Friedensbruch, sondern auch und zwar in gleicher Linie um die Wiederherstellung des gebrochenen Rechtsfriedens zu tun war, das heißt um die wirtschaftliche Entschädigung des in seinem Rechtsfrieden Gekränkten, des Bestohlenen, Beraubten.

Der Friedensbruch mußte nicht bloß kriminell bestraft, sondern auch privatrechtlich geheilt werden!

Es führte dies in höchster Steigerung zu einer privatrechtlichen Gesamthaftung der ganzen Friedensgenossenschaft, in deren Bereich der Diebstahl vorfiel, gegenüber dem Bestohlenen, wie sie uns zum Teil das merowingische Recht zeigt. Das älteste Landfriedensgesetz, das der Könige Childebert und Chlothar aus dem 6. Jahrhundert, das eine gewisse Organisation in jene vorhin erwähnten Schutzscharen brachte, die auf das Gerüfte die Verfolgung des Diebes betreiben sollten, legte dabei in allererster Linie derjenigen Schar, Hundertschaft, in deren Bezirk der Diebstahl sich zugetragen hatte, als eine vor allem anderen zu erfüllende Pflicht den Werterſatz an den Bestohlenen auf. Aehnliche Gesamthaftungen finden wir auf genossenschaftlicher Grundlage in den Statuten der angelsächsischen Schutzgilden, besonders der alten Londoner Friedensgilden. Und noch Conrad von Zähringen, der Gründer unserer Stadt Freiburg, verspricht in dem ersten Artikel seines Stiftungsbriefes (1120—1122)[19] den zu dem Freiburger Markt fahrenden Kaufleuten einen Straßenfrieden mit der Zusage für den Fall der Beraubung: „aut reddi faciam aut ego persolvam". So sehr fühlt er sich als Herr des Straßenfriedens für die privatrechtliche Entschädigung der Beraubten verantwortlich!

---

19) Keutgen, Urkunden zur Städtischen Verfassungsgeschichte 117.

Immer aber erschien, wenn die gestohlene Sache im Besitze eines anderen entdeckt wurde, also die tatsächliche Möglichkeit einer vollkommenen Wiederherstellung des früheren, durch den Friedensbruch geänderten Rechtszustandes mittelst Herausgabe der Sache an den Bestohlenen gegeben war, der Besitzer zur Herausgabe verbunden. Er war dies als Mitglied der Friedensgenossenschaft dem Rechtsfrieden, dem Landfrieden schuldig. So wurde zur Zeit des Interregnums und des Raubrittertums in einer Landfriedenseinung des Rheinischen Bundes von 1256 gerade die Herausgabepflicht auch des redlichen Käufers, der „inscienter" geraubtes Gut gekauft hatte, als erste Friedensnorm erklärt[20]). Und das einzige Stadtrecht, in dem ich eine ausdrückliche Motivierung unseres Satzes gefunden habe, c. 38 des Berner Stadtrechts des 13. Jahrhunderts[21]), gibt diese Motivierung in meines Erachtens höchst bezeichnender Weise dahin:

„Jeder Bürger, der eine geraubte Sache wissend oder unwissend gekauft hat, muß diese dem sein Recht verfolgenden Beraubten ohne jeden Schaden zurückgeben. Dies ist deswegen bestimmt, „ne per unius delictum civitas patiatur infamiam et detrimentum", damit nicht durch eines einzigen Delikt die ganze Bürgerschaft Infamie und Abbruch erleide."

Also: Die Reaktion der Rechtsordnung gegen den im

20) Ed. Weiland in Mon. Germ. Legum Sectio IV Tomus II nr. 428 c. 2 p. 589: „Statuimus etiam, quod nulli omnino liceat aliquam predam, qualiscunque sit, parva vel mag(na), cuiuscunque sit generis peccorum vel aliarum rerum, emere sive comparare. Si quis vero aliquam rem depredatam emit et circa ipsum inventa fuerit, dono (= domino) restituatur et gratis, (et pena condigna) pu(niatur. Si autem) poterit (se iuramento) purgare, quod illam predam emerit inscienter credens se iusta bona comparasse, facto et prestito iuramento reddat predam dono (= domino) et sine aliqua pecunia illi cui fuit (pred)ata."

21) Ed. Welti in Rechtsquellen des Kantons Bern I 1, S. 16.

Diebstahl liegenden Friedensbruch war bei den Germanen von solcher Stärke, daß sie dem Bestohlenen nicht bloß einen privatrechtlichen Deliktsanspruch gegen Dieb und Diebesgenossen (Hehler, Mitwisser), sondern einen privatrechtlichen Herausgabeanspruch gegen jeden Dritten, auch den ganz unschuldigen und von jedem Vorwurf der Fahrlässigkeit freien, verschaffte[22]).

Im Einklang mit dieser Auffassung steht die Tatsache, daß in manchen deutschen Rechten der Herausgabeanspruch sich die längste Zeit auf den Fall des Diebstahls und Raubes beschränkt hat[22a]), wohl am schärfsten noch in c. 58 unseres Freiburger Stadtrodels aus der Mitte des 13. Jahrhunderts (Gaupp, Deutsche Stadtrechte 2, S. 36), dahin ausgedrückt:

> Niemand wage (audeat) die ihm in irgend einer Weise entfrembdete Sache für sich zurückzufordern, wenn er nicht durch seinen Eid beweisen kann, daß sie ihm durch Diebstahl oder Raub entzogen worden ist!

Wo aber der Diebstahlsfall durch eine Art Attraktion, unter der Mitwirkung weiterer, hier nicht näher zu erörternder Momente (Gegenspiel des Hand-wahre-Hand-Gedankens), andere Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes, wie das Verlieren[23]) und die

22) Gegensatz zur römischen condictio furtiva und auch zur kanonischen actio spolii. Auch diese letztere geht nur gegen den Dritten, der „scienter rem talem receperit" (c. 18 X 2, 13). Es ist charakteristisch, wie beide Klagen nach der Rezeption gerade unter der Einwirkung der deutschen Fahrnisklage in Ansehung der Passivlegitimation starke Erweiterungen erfuhren. Darüber Wellspacher, a. a. O. 650 ff., 658 ff. Vergl. auch meine Schrift „Gerüfte und Marktkauf" 62.

22a) Jul. Gierke, a. a. O. 615 und O. Gierke, Deutsches Privatrecht 2, 554[10] bezweifeln, daß ursprünglich die Anefangsklage auf gestohlene Sachen beschränkt gewesen sei. Ich halte jedoch die Belege bei H. Meyer, Entwerung 28 f. und 43 ff. für beweisend. Vergl. auch die Darstellung des Anefangs bei Brunner, Deutsche Rechtsgesch. 2, 495 ff.

23) Das Verschweigen des Fundes wurde dem Diebstahl gleich oder ähnlich behandelt. Vergl. das oben Anm. 7 zitierte c. 260 Roth.

Veruntreuungen des Gesindes, sich angliederte und mit diesen in dem modernen Begriff des Abhandenkommens Unterkunft fand, wurde doch meist er, der Diebstahlsfall, als der prägnanteste, für die ganze Gruppe bezeichnendste an die Spitze gestellt, so auch noch in unserem BGB. (§ 935) und im Schweizer Entwurf (Art. 977 des „Vorentwurfs", 973 des Entwurfs des Bundesrats).

So hat der germanische Friedensschutzgedanke mittelbar in den Fällen des unfreiwilligen Gewereverlustes, mithin trotz Mangels der Publizitätsform, dem Eigentum an Fahrnis und ebenso anderen dinglichen Rechten Macht gegen dritte Inhaber verliehen[24]). Der Friedensschutzgedanke siegte in diesen Fällen — nur in diesen — über den Publizitätsgedanken.

Der Dritte, der um deswillen seine redlich gekaufte und bezahlte Sache herausgeben mußte, trug die Kosten dieses Sieges. Er litt von seinem Standpunkt aus materiell ungerecht. Denn daß die Sache eine gestohlene war, konnte er mangels eines Publizitätsmittels nicht merken. Für ihn lag die Sache nicht anders, als in unserem ersten Rechtsfalle, wo der Eigentümer sich freiwillig der Innehabung zu Gunsten eines Vertrauensmannes begeben hatte. Dort hatte der D von dem Eigentum des A auch nichts ahnen können und war gerade deswegen im Erwerbe des Schmuckes geschützt worden. Und hier wurde nun sein Erwerb nicht geschützt, er mußte die Sache herausgeben. Trotzdem entspricht diese zwischen anvertrautem und gestohlenem Gut unterscheidende Regelung einer höheren, über beiden Teilen stehenden materiellen Gerechtigkeit. Der Grund liegt wieder auf der Seite der Gewährschaft.

24) Das ist der zweite Weg, auf welchem bei Fahrhabe ein Recht an der Sache ohne gleichzeitiges Haben der Sache Anerkennung erlangte. Vergl. oben Anm. 9.

Der Käufer war, wenn er die Sache dem Bestohlenen herauszugeben hatte, an seinen Verkäufer gewiesen, also in unserem zweiten Rechtsfalle, dem Pferdefall, der D an den Pferdehändler C. Dieser war ihm Gewährschaft schuldig. Er mußte ihm den durch die Entziehung der Kaufsache entstandenen Schaden ersetzen. Mindestens mußte er ihm den erhaltenen Kaufpreis zurückerstatten [25]).

Die germanische Rechtsanschauung hat diesen wirtschaftlichen Ausgleich zwischen dem Käufer und seinem Verkäufer als ein wichtiges Gegenstück zur Herausgabepflicht des Käufers behandelt und darin eine erwünschte Milderung der für den Käufer in der Herausgabepflicht liegenden Härte empfunden. Das zeigen uns deutlich die Quellen, namentlich der älteren Zeit [26]). In engster Verknüpfung [27]) werden dort beide, die Herausgabepflicht des Käufers gegen den Bestohlenen und sein Gewährschaftsanspruch gegen den Verkäufer, geregelt. Man war zum Teil bestrebt [28]), beide gleichzeitig in einem und demselben Prozeßverfahren zu realisieren, wie im fränkischen und nach einer Feststellung von Amira's (Nordgermanisches Obligationenrecht 2, 693) im isländischen Recht, oder doch den Fortgang des Herausgabeprozesses an vorherige Sicherstellung der Preiserstattung zu binden, wie im langobardischen Recht. Man wünschte, wenn es anging, nicht bloß den Bestohlenen wieder im Besitze der gestohlenen Sache, sondern auch

25) Das sonstige Interesse wurde im Mittelalter noch nicht in vollem Maße gewürdigt. Vergl. Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte 1, 288 ff.

26) Näheres in Gerüfte und Marktkauf 39 ff.

27) Gegensatz zu der romanistischen, wegen der absoluten Wirksamkeit des Eigentums folgerichtigen Trennung der dinglichen und der obligatorischen Seite.

28) Der freilich auch Strafzwecken dienende „Gewährenzug" war ein Hilfsmittel in dieser Richtung.

den Käufer wieder im Besitze seines Kaufgeldes zu sehen: wenn es anging, d. h. wenn der Verkäufer zu zahlen im stande war. Wenn dies nicht der Fall war[29]), dann blieb es jedoch bei der Herausgabepflicht. Dann konnte man aber — ein Gedanke, den bereits Cosack[30]) mit voller Schärfe ausgesprochen hat, — mit Recht dem Käufer zurufen:

Wo du deinen Glauben gelassen hast, sollst du ihn wieder suchen! Wenn du von einem wirtschaftlich Vertrauensunwürdigen, d. h. Kreditunwürdigen gekauft hast, so trifft dich besser der Schaden, als den Bestohlenen, der sich einen kreditwürdigen Dieb natürlich nicht aussuchen konnte!

Der Gewährschaftsgedanke ist es erst, der auch vom Standpunkt materieller Gerechtigkeit die verschiedene Behandlung des anvertrauten und des gestohlenen Gutes rechtfertigt. Derselbe Gedanke weist dort dem Eigentümer A, der sich denjenigen aussuchen soll, dem er seinen Schmuck in Verwahrung gibt, hier dem Käufer D, der sich seinen Pferdehändler, von dem er das Pferd kauft, auf seine Kreditwürdigkeit ansehen soll, den Schaden zu.

Aber die wirtschaftlichen Verhältnisse des Mittelalters stellen in diesem Zusammenhang schon frühe eine neue Frage an die Rechtsordnung. Sie bringen Fälle hervor und häufen sie bald, in denen der Käufer, wenn nun sein Kaufgut sich als gestohlen ausweist und vom Bestohlenen in Anspruch genommen wird, seinen Verkäufer nicht oder nicht mehr zu kennen braucht, die Käufe auf der Messe, auf dem Markt[31]).

Auf den Messen und Märkten vollzog sich zunächst fast

29) In der älteren Zeit mochte sich dies bei der strengen Personalhaftung nur selten fühlbar machen.

30) bei einer Kritik des I. Entwurfes unseres BGB. in Bekker's und Fischer's Beiträgen, Heft 13 S. 49.

31) Für das Folgende vergl. meine näheren Darlegungen in Gerüfte und Marktkauf 37—56.

ausschließlich und lange, noch weit über das Mittelalter hinaus, überwiegend der Warenaustausch. Hier strömten an den Meß- und Markttagen, zum Teil von weit her, Personen und Waren zusammen, um dann wieder nach vollzogenem Umsatz auseinanderzugehen. Wenn dann, womöglich viel später, ein dort gekauftes Gut als ein gestohlenes dem Käufer abverlangt wurde, so konnte für diesen leicht sein Verkäufer, sein Gewährsmann unerreichbar sein. Oft wird ihm Name und Wohnort desselben überhaupt gar nicht bekannt geworden sein.

Unter anderen Verhältnissen hatte die excusatio ignorantiae einen üblen Anstrich. Sie trug ein starkes Verdachtsmoment für Diebstahl, Hehlerei oder Unredlichkeit in sich, den Verdacht, in trüben Wassern gefischt zu haben. Aber der Abschluß auf dem Markt räumte diesen Verdacht fort. Er war ein Adelsbrief für den Kauf vom Unbekannten. Er wurde geradezu zum Typus eines redlichen Kaufes, ein objektives Merkmal der Redlichkeit[32]). In dieser strafrechtlichen Bedeutung als einer Reinigung vom Deliktsvorwurf begegnet er wohl zum ersten Male auf dem Kontinent[33]) in einem Gesetz des Langobardenkönigs Liutprand (l. 79) vom Jahre 726. Danach soll sich der Inhaber eines gestohlenen Pferdes nicht mit der Erklärung:

„Ich habe es von einem Franken gekauft oder ich weiß nicht, von wem",

wohl aber durch den Nachweis des Kaufes auf dem Pferdemarkt von der Diebstahlsbuße des Neunfachen befreien können. Später prägt das französische Recht des Mittelalters für die gleiche Auffassung das bezeichnende Wort aus:

32) Der Kauf vom Unbekannten hat das Moment der Redlichkeit, lange vor der Rezeption, in unsere Materie eingeführt, freilich nicht die erst später dem römischen Recht entnommene, subjektive bona fides des Einzelfalles.

33) Die größte Rolle hat der Marktkauf schon sehr frühe in England gespielt.

„m'en ert li marchiez garant, se mestier est“ [34]), d. h. der Markt wird mein Garant sein, wenn es nötig ist, wenn ich als Dieb angesprochen, meinen Gewährsmann nicht zu stellen vermag.

Also strafrechtlich erlitt der Marktkäufer, der seinen Verkäufer nicht zu benennen im stande war, keinen Schaden. Aber privatrechtlich bedeutete die Unerreichbarkeit des Verkäufers natürlich eine empfindliche Lücke. Nun ließ sich der Gewährschaftsanspruch des Marktkäufers nicht verwirklichen. Er konnte sein Kaufgeld nicht wieder zurückbekommen. Es fiel mithin das ausgleichende Gegengewicht gegen seine Herausgabepflicht fort. Und dennoch blieb die letztere bestehen. Weder das deutsche noch das französische, weder das schwedische noch das englische (bis ins 13. Jahrh.) Recht des Mittelalters zeigt in dieser Beziehung auch nur das geringste Schwanken. So sehr stand andauernd der Friedegedanke in erster Linie: Der Friedebruch muß geheilt werden! Der Bestohlene muß seine Sache wieder haben!

Aber freilich setzt hier in anderer Richtung ein bedeutungsvoller Sondertrieb der Entwickelung ein: schon frühe vereinzelt in England; spät (seit dem 13. Jahrhundert) und nur sehr vereinzelt in Deutschland und in der Schweiz; in starker Verbreitung und bald überwiegend im französischen, auch im holländischen Recht. Eine Verstärkung in der Wertung der Redlichkeit des Markterwerbs [35]), eine bewußte Tendenz, den Marktverkehr zu begünstigen, gaben dem Gewährschafts-

34) Li usage de Borgoigne XII (Franken, a. a. O. 283).

35) Diese ist der treibende Grund, nicht die Oeffentlichkeit des Erwerbs als solche, die vielmehr nur ein wichtiges Redlichkeitszeichen ist. Hierüber Gerüfte und Marktkauf 52, 54 ff. (gegen H. Meyer, Entwerung S. 123 ff., 140, 294 ff), wozu ich noch ergänzend auf die Abstufung in c. 34 des Stadtrodels von Murten (Gaupp, Stadtrechte 2, 158) hinweise: Kauf „in foro publice“: Preisersatz; „intra domum tacite“: kein Preisersatz; „extra villam in nemoribus vel in deviis“: kein Preisersatz und Buße von 60 Schillingen.

gedanken hier eine neue Wirkung. Die Gewährschaft, die derjenige Marktkäufer, dem sein Verkäufer unbekannt war, von diesem nicht erlangen konnte, sollte ihm jetzt der bestohlene Eigentümer leisten. Der aus dem Unbekanntsein des Verkäufers resultierende Schaden wurde vom Marktkäufer auf den Eigentümer übergewälzt. Dieser sollte in solchem Falle in die Gewährschaftspflicht eintreten und gegen Rückempfang des ihm gestohlenen Gutes dem Marktkäufer das Kaufgeld erstatten. Der sog. Lösungsanspruch, d. h. die Herabminderung des unbeschränkten Rückforderungsrechtes des Bestohlenen zu einem bloßen Einlösungsrecht, war damit in die Rechtsordnung eingeführt[36] — im wirtschaftlichen Resultat allerdings eine Lähmung des danach fast nur noch formell festgehaltenen Friedegedankens! Später wurde er noch auf alle Fälle des Marktkaufs, auch wo der Verkäufer nicht unbekannt war, und sogar auf die Käufe von Handelsleuten der betreffenden Branche ausgedehnt und in diesem oder ähnlichem Umfange in den Code civil, das Badische Landrecht, auch in das Preußische Landrecht und das schweizerische Recht übernommen. Noch viel allgemeiner sollte er nach dem Entwurf I in unserem deutschen BGB. Geltung erlangen. In der II. Lesung wurde er aber gänzlich abgelehnt, und er gehört daher unserem geltenden deutschen Reichsrechte nicht an[37]. In unserem zweiten Rechtsfall muß mithin nach unserem geltenden Recht der D, der das gestohlene Pferd redlich auf dem Pferdemarkt gekauft hatte, es ohne weiteres dem Eigentümer A herausgeben, während er in Frankreich

---

36) Einen Zusammenhang zwischen Lösungsanspruch und Kauf vom Unbekannten deutet schon Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts², 2, 618²⁰ (3. Aufl. II 1, 257), an.

37) Dagegen kann er gemäß Art. 94 Abs. 2 EG. BGB. nach Landesrecht im Verhältnis zu den öffentlichen Pfandleihanstalten bestehen, so daß diese die ihnen verpfändeten Sachen den Bestohlenen nur gegen Bezahlung des Pfandschillings herauszugeben brauchen. So z. B. Bayerisches AG. BGB. Art. 91 und Badisches AG. BGB. Art. 29 Abs. 3.

„m'en ert li marchiez garant, se mestier est“[34]), d. h. der Markt wird mein Garant sein, wenn es nötig ist, wenn ich als Dieb angesprochen, meinen Gewährsmann nicht zu stellen vermag.

Also strafrechtlich erlitt der Marktkäufer, der seinen Verkäufer nicht zu benennen im stande war, keinen Schaden. Aber privatrechtlich bedeutete die Unerreichbarkeit des Verkäufers natürlich eine empfindliche Lücke. Nun ließ sich der Gewährschaftsanspruch des Marktkäufers nicht verwirklichen. Er konnte sein Kaufgeld nicht wieder zurückbekommen. Es fiel mithin das ausgleichende Gegengewicht gegen seine Herausgabepflicht fort. Und dennoch blieb die letztere bestehen. Weder das deutsche noch das französische, weder das schwedische noch das englische (bis ins 13. Jahrh.) Recht des Mittelalters zeigt in dieser Beziehung auch nur das geringste Schwanken. So sehr stand andauernd der Friedegedanke in erster Linie: Der Friedebruch muß geheilt werden! Der Bestohlene muß seine Sache wieder haben!

Aber freilich setzt hier in anderer Richtung ein bedeutungsvoller Sondertrieb der Entwickelung ein: schon frühe vereinzelt in England; spät (seit dem 13. Jahrhundert) und nur sehr vereinzelt in Deutschland und in der Schweiz; in starker Verbreitung und bald überwiegend im französischen, auch im holländischen Recht. Eine Verstärkung in der Wertung der Redlichkeit des Markterwerbs[35]), eine bewußte Tendenz, den Marktverkehr zu begünstigen, gaben dem Gewährschafts-

34) Li usage de Borgoigne XII (Franken, a. a. O. 283).

35) Diese ist der treibende Grund, nicht die Oeffentlichkeit des Erwerbs als solche, die vielmehr nur ein wichtiges Redlichkeitszeichen ist. Hierüber Gerüfte und Marktkauf 52, 54 ff. (gegen H. Meyer, Entwerung S. 123 ff., 140, 294 ff), wozu ich noch ergänzend auf die Abstufung in c. 34 des Stadtrodels von Murten (Gaupp, Stadtrechte 2, 158) hinweise: Kauf „in foro publice“: Preisersatz; „intra domum tacite“: kein Preisersatz; „extra villam in nemoribus vel in deviis“: kein Preisersatz und Buße von 60 Schillingen.

gedanken hier eine neue Wirkung. Die Gewährschaft, die derjenige Marktkäufer, dem sein Verkäufer unbekannt war, von diesem nicht erlangen konnte, sollte ihm jetzt der bestohlene Eigentümer leisten. Der aus dem Unbekanntsein des Verkäufers resultierende Schaden wurde vom Marktkäufer auf den Eigentümer übergewälzt. Dieser sollte in solchem Falle in die Gewährschaftspflicht eintreten und gegen Rückempfang des ihm gestohlenen Gutes dem Marktkäufer das Kaufgeld erstatten. Der sog. Lösungsanspruch, d. h. die Herabminderung des unbeschränkten Rückforderungsrechtes des Bestohlenen zu einem bloßen Einlösungsrecht, war damit in die Rechtsordnung eingeführt[36]) — im wirtschaftlichen Resultat allerdings eine Lähmung des danach fast nur noch formell festgehaltenen Friedegedankens! Später wurde er noch auf alle Fälle des Marktkaufs, auch wo der Verkäufer nicht unbekannt war, und sogar auf die Käufe von Handelsleuten der betreffenden Branche ausgedehnt und in diesem oder ähnlichem Umfange in den Code civil, das Badische Landrecht, auch in das Preußische Landrecht und das schweizerische Recht übernommen. Noch viel allgemeiner sollte er nach dem Entwurf I in unserem deutschen BGB. Geltung erlangen. In der II. Lesung wurde er aber gänzlich abgelehnt, und er gehört daher unserem geltenden deutschen Reichsrechte nicht an[37]). In unserem zweiten Rechtsfall muß mithin nach unserem geltenden Recht der D, der das gestohlene Pferd redlich auf dem Pferdemarkt gekauft hatte, es ohne weiteres dem Eigentümer A herausgeben, während er in Frankreich

36) Einen Zusammenhang zwischen Lösungsanspruch und Kauf vom Unbekannten deutet schon Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts[2], 2, 618[20] (3. Aufl. II 1, 257), an.

37) Dagegen kann er gemäß Art. 94 Abs. 2 EG. BGB. nach Landesrecht im Verhältnis zu den öffentlichen Pfandleihanstalten bestehen, so daß diese die ihnen verpfändeten Sachen den Bestohlenen nur gegen Bezahlung des Pfandschillings herauszugeben brauchen. So z. B. Bayerisches AG. BGB. Art. 91 und Badisches AG. BGB. Art. 29 Abs. 3.

und in der Schweiz dies nur gegen Preisersatz zu tun schuldig ist.

Welche Regelung ist die materiell gerechtere?

Ich meine: Die vorangegangene geschichtliche Betrachtung weist uns neue Richtlinien für die Beantwortung dieser Frage. Der Grund, dem der Lösungsanspruch seine Entstehung verdankt, wirkt in unseren veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr fort. Die Unbekanntschaft mit der Person des Verkäufers, seine Unerreichbarkeit für den Käufer ist in unserer Lehre kein beachtenswerter Faktor mehr. Denn unsere Messen und Märkte sind schon lange nicht mehr Zentralpunkte unseres Mobiliar- und Warenverkehrs. Ich meine diejenigen Messen und Märkte, auf denen die Persönlichkeit der Verkäufer zurücktritt, auf denen man regelmäßig mit unbekannten Verkäufern handelt, wie etwa noch unsere Kirchweihmärkte und Jahrmärkte. Ihre Bedeutung verringert sich von Jahr zu Jahr. Sie in besonderer Weise unter Schädigung anderer begründeter Interessen zu begünstigen, besteht nicht mehr der geringste Anlaß. Aber auch, soweit sie in Betracht kommen und soweit man auf ihnen mit unbekannten Verkäufern Geschäfte abschließt, geben sie regelmäßig für den Lösungsanspruch gar keine Gelegenheit. Denn auf ihnen werden Massenartikel der allergeringsten Individualität gehandelt, die sich durch die bestohlenen Eigentümer wegen Unmöglichkeit der Identitätsfeststellung ohnedies nicht einklagen lassen. Und ebenso steht es beim Straßenkauf und dem Kaufschluß mit Hausierern. Anders ist es in letzterer Hinsicht wohl nur bei Vieh- und Pferdemärkten. Bei diesen ist jedoch gerade wieder von einer Unbekanntschaft mit den Verkäufern keine Rede. Denn wer merkte sich dort nicht seinen Verkäufer auf das Allergenaueste, schon, um ihn wegen etwa später sich herausstellender Mängel und Krankheiten des Tieres in Anspruch nehmen zu können! Wo aber die Verkäufe von festen Niederlassungen aus abgeschlossen werden, ist die

Person des Verkäufers für den achtsamen Käufer — **vigilantibus iura sunt scripta** — immer feststellbar, nicht bloß, wie selbstverständlich, im Engrosgeschäft, sondern auch im Detailgeschäft beim Ladenkauf. Man darf daher heute sagen:

Wo du auf Herausgabe einer gestohlenen Sache in Anspruch genommen wirst und deinen Verkäufer, der dir Gewährschaft schuldig ist, nicht kennst oder nicht zu betreiben vermagst, da ist das ganz deine Schuld, und du darfst nicht verlangen, den dir daraus erwachsenden Schaden auf den Bestohlenen abwälzen zu können[38].

Die Geschichte seines Entstehens spricht mithin gegen die heutige Fortdauer des Lösungsanspruchs. Andere Gründe sind bereits von anderen[39]) geltend gemacht worden, unter denen mir die wichtigsten scheinen: die von ihm ausgehende Begünstigung der Hehlerei und die Bevorzugung des Bemittelten vor dem Unbemittelten, der seine ihm teuer und lieb gewesene Sache, die ihm gestohlen worden ist, nicht herausbekommen kann, weil er die Kosten der Preiserstattung nicht zu tragen vermag.

Wir werden demnach unser BGB. um seiner Stellungnahme gegen den Lösungsanspruch loben, es billigen, daß es diesen für uns nicht mehr zeitgemäßen Sondertrieb der germanischrechtlichen Entwickelung abgeschnitten hat.

In einer Beziehung vermag dagegen die Idee des Er-

38) Die Ausnahme zu Gunsten der öffentlichen Pfandleihanstalt (oben Anm. 37) läßt sich — abgesehen von dem Bestreben, dieses gemeinnützige Institut besonders zu begünstigen, — gerade auch von dem Gewährschaftsgedanken aus einigermaßen rechtfertigen. Denn für die Pfandleihanstalt, die es in der Regel mit kreditschwachen Leuten zu tun hat, würde es, wenn sie die ihr verpfändete Sache als eine gestohlene ersatzlos herausgeben müßte, nicht selten schwer oder unmöglich sein, von dem Verpfänder wieder ihr Geld herauszubekommen.

39) Cosack, a. a. O. 47 ff.; O. Gierke, Der Entwurf und das deutsche Recht 340 f.; Protokolle der II. Lesung des Entw. des BGB. 3, 369.

werbs vom Unbekannten noch heute ein stützendes Moment zu liefern: bei der Behandlung gestohlenen Geldes.

Woher man seine Geldstücke im Portemonnaie hat, wer dieses und wer jenes gab, das merkt man sich nicht, das kann man sich nicht merken und soll man sich nicht zu merken brauchen. Würde darunter ein gestohlenes Stück sein und könnte dieses durch den Bestohlenen abverlangt werden, so wäre in 99 von 100 Fällen der Rückgriff an den Gewähren, eben weil man diesen nicht kennt, unmöglich. Die Rechtsordnung kann diesen Rückgriff daher als einen typisch unmöglichen behandeln. Es erscheint hier der Erwerb vom Unbekannten in seiner vollkommensten Gestalt, in seiner höchsten Rechtfertigung. Hier ist in der Tat die Abwälzung der Gewährschaft auf den Bestohlenen durchaus am Platze, das heißt, da der Lösungsanspruch, also die Herausgabe gegen Ersatz, hier ein „idem per idem" bedeuten würde: der redliche Erwerb des Geldes ist zu schützen, der Bestohlene kann es nicht herausverlangen. Das ist auch der Standpunkt unseres Rechtes (§ 935 Abs. 2 BGB.), wie aller modernen Rechte.

Das römische Recht mit seiner unbeschränkten Wirksamkeit des Eigentums gegen alle Dritten muß dagegen zu einer unvollkommeneren Regelung kommen. Es läßt konsequent das Eigentum des Bestohlenen erst Halt machen vor der Tatsache, daß das gestohlene Geld so mit anderem gemischt ist, daß es nicht mehr unterschieden werden kann. Praktisch ist der Gegensatz der beiden Regelungen[40]) beim Geld freilich kein erheblicher. Wohl aber würde er sich bei den geldgleich behandelten Banknoten schon fühlbar machen. Diese sind sämtlich mit Nummern versehen, also trotz der Vermischung mit anderen in der Tat unterscheidbar. Soll ich also, wenn der Bestohlene

40) Das Preußische Allgemeine Landrecht ist in den §§ 45, 46 Teil I Tit. 15 sich des Gegensatzes wohl bewußt.

ein seltsamer Mann gewesen, der sich die Nummern seiner Banknoten notiert hat und nachzuweisen vermöchte, daß ihm eine bestimmte Nummer abhanden gekommen ist, wenn er sie bei mir, dem redlichen Erwerber, findet, sie ihm herauszugeben pflichtig sein? Mag der Fall auch gerade nicht leicht vorkommen, so zeigt er uns doch, daß der deutschrechtliche Gedanke des zu schützenden Erwerbs vom Unbekannten zu einem besseren Resultat führt, als die römische Regelung.

Das moderne Recht hat dem Geld auch andere auf den Inhaber lautende Papiere, nicht bloß Banknoten, nämlich Staats- und Kommunalobligationen, Aktien zc., unter der Idee des Verkehrsschutzes angeglichen. Auch an ihnen soll der redliche Erwerb grundsätzlich geschützt sein (§ 935 Abs. 2 BGB.).

Aber unser neues deutsches HGB. (§ 367) hat bei ihnen [41]) in einer für unser Thema höchst charakteristischen Weise in seiner Detailarbeit eine Ausnahme auf dem Publizitätsgedanken aufgebaut:

Ist der Verlust des Papieres in gehöriger Weise im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht, dann ist ein Jahr lang gegenüber einem bestimmten Kreis von Erwerbern, nämlich den Bankiers, das Recht des Bestohlenen offenkundig gemacht, mit Publizität versehen und deshalb ein diesem Kreise angehöriger Erwerber seiner Wirksamkeit unterworfen. Er muß daher das betreffende Stück auf die Ansprache des Bestohlenen herausgeben und mag sich, wenn er dabei einen Schaden erleidet, selbst den Vorwurf machen, daß er seinen Kaufschluß nicht gehörig mit dem Reichsanzeiger oder einer auf Grund desselben gehaltenen Liste an der Hand kontrolliert hat. —

41) Neben den Banknoten sind auch die anderen Papiere des täglichen Umlaufs ausgenommen (§ 367 Abs. 3 HGB.).

Blicken wir nun zurück auf die Ausgestaltung unserer Materie in dem germanischen Recht und in den ihm folgenden modernen Rechten, so bestätigt sich uns allerdings das eine: die Regelung ist keine einfache. Es wird keine einheitliche, für alle Fälle durchgreifende Entscheidung gegeben, wie sie das römische Recht gibt. Es ist ein Zusammenwirken und Gegeneinanderwirken von Rechtsgedanken mit wechselnden Ergebnissen. Dabei sind noch nicht einmal alle Gedanken und Kombinationen von mir erschöpft worden. Es spielt namentlich noch ein der germanische, an die Publizität anknüpfende Gedanke der Verschweigung, der beim Fundaufgebot schon frühe einsetzt, aber auch das beherrschende Element des Rechtssatzes ist, daß in öffentlicher Versteigerung erstandene Sachen auch dann dem redlichen Ersteher zufallen, wenn sie gestohlen waren (§ 935 Abs. 2 BGB.)[42]).

Also: die Regelung ist eine komplizierte. Aber das beruht nicht, wie ich dargetan zu haben hoffe, auf einer im einzelnen sich verlierenden Haarspalterei, sondern es ist die Resultante tief im Volke wurzelnder Anschauungen und zugleich ein glänzender Beweis einer vielseitigen Würdigung der wirtschaftlichen Verhältnisse.

Einfach, aber auch einseitig ist die römische

42) Nicht zu billigen ist die Zurückführung des Satzes auf die Staatsautorität, unter deren Aegide sich der öffentliche Verkauf vollziehe. Mag früher auch die romanistische Doktrin dabei an die c. 2 und 3 Cod. 7, 37 (Veräußerung durch den Fiskus oder das kaiserliche Haus) angeknüpft haben, so war dies doch nur eine Einkleidung, die vielleicht unter dem Bevormundungssystem des aufgeklärten Absolutismus paßte, für unsere modernen Verhältnisse aber durchaus unpassend ist. Soll der Eigentumsverlust des Bestohlenen mit einem vom Staat verübten Rechtsbruch, mit einer staatlich patentierten Beraubung, einer durch nichts begründeten Konfiskation gerechtfertigt werden? Darüber sehr gut Wellspacher, a. a. O. 690. Ganz klar tritt der Verschweigungsgedanke in § 55 Abs. 2 des Reichs-Zwangsversteigerungsgesetzes hervor.

Regelung in unserer Materie. Wir müssen an ihr tadeln, daß sie das schwierige Problem durch eine einseitige Parteinahme für den Eigentümer löst, ohne anderen, entgegenstehenden Interessen den gebührenden Einfluß einzuräumen. Der Eigentümer kann unter allen Umständen die Herausgabe seiner Sache von dem fremden Inhaber verlangen[43]).

Einseitig und daher ebenso, ich meine noch mehr, zu verwerfen wäre es, das Problem durchweg im gegenteiligen Sinne zu lösen, wie dies wieder allerneuestens[44]) de lege ferenda vertreten worden ist und auch als Auslegungstendenz gegenüber unserem BGB. in der Literatur und in den Gerichten nicht selten sich bemerkbar macht, also in dem Sinne, daß immer für den redlichen Erwerber zu entscheiden sei, unbekümmert um die Interessen des alten Eigentümers. Das hieße, in der Jagd nach dem Idol der Verkehrssicherheit den Boden unserer Rechtsordnung überhaupt unter den Füßen verlieren, der Verkehrssicherheit die Rechtssicherheit opfern[45]). Es diskreditiert das germanische Recht, wenn man dies als das Wesen oder Endziel seiner Regelung hinstellt.

Gewiß erfüllt seine Regelung im Gegensatz zur römischen

43) Das Zeiterfordernis setzt die römische Ersitzung trotz der in ihrer späteren Entwickelungsgeschichte sich offenbarenden Tendenz, nach Möglichkeit dem gutgläubigen Erwerb entgegenzukommen (Regelsberger in JheringsJ. 47, 342 ff.) in einen ganz anderen Bereich. Sie schützt nicht den Dritterwerb als solchen, im Augenblick des Erwerbs, vor der Wirksamkeit des fremden Eigentums. Sie versagt außerdem wegen des weitgefaßten römischen Furtivitätsbegriffes (oben Anm. 12) nicht bloß bei den gestohlenen, sondern auch bei den anvertrauten und demnächst veruntreuten, unterschlagenen Sachen. Vergl. Goldschmidt in ZHR. 8, 239[28] und 9, 44; O. Gierke, Entwurf 337 (gegen Motive z. BGB. 3, 342); Cosack, a. a O. 26.

44) Zycha, a. a. O. S. 144 ff., 149 f.

45) Vergl. hierüber die treffenden Ausführungen von Ehrenberg in JheringsJ. 47, 273 ff.; auch Anton Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen [3] 127 f.

eine große verkehrssichernde Funktion, und zwar in dem Publizitätsgedanken, der die Wirksamkeit des Eigentums an seine Erkennbarkeit knüpft, also nach der Seite des dritten Erwerbers blickt. Aber ein Gegengewicht hält der Friedensschutzgedanke, der nach der Seite des Eigentümers weist und ihm seinen unfriedlich oder ohne seinen Willen entfremdeten Besitz wieder zuführt[46]. Und vor allem wägt zwischen beiden Seiten nach dem wirtschaftlichen Enderfolg in gerechter Weise ab der Gewährschaftsgedanke, der bei anvertrauten Sachen den Eigentümer an den Mann seines Vertrauens, bei gestohlenen dagegen lieber den Dritten an seinen Verkäufer, als den Eigentümer an den schwer oder gar nicht faßbaren, fast immer zahlungsunfähigen und ihm jedenfalls nur wider seinen Willen als Gewährsmann aufgedrängten Dieb verweist, andererseits doch wieder dem Interesse des Dritten in denjenigen Fällen Rechnung trägt, in denen dieser, nach dem typischen Verlauf, ohne seine Schuld außer stande ist, von seinem Vormanne Entschädigung zu erlangen. Darin zeigt sich uns das Wohltätige des in der germanischen Rechtsordnung auf diesem Gebiet gewahrten engen Zusammenhangs zwischen dem Obligationenrecht und dem Sachenrecht.

---

46) Ich meine, daß der Friedensschutzgedanke (der Bestohlene ist als der in seinem Rechtsfrieden Verletzte näher zu seiner Sache, als jeder spätere dritte Erwerber) heute noch in der Volksanschauung lebendig ist. Vergl. auch Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition 63 f.[48]. Jedenfalls führt aber zu demselben Ergebnis der sicherlich heute noch ganz so, wie früher, zutreffende Gewährschaftsgedanke (vergl. oben den Text).

VII.

Der Verzicht des Fideikommißbesitzers.

Von Dr. Otto Hans Gierke, Referendar.

I. Einleitung.

§ 1. Charakteristik der Quellen und der Literatur.

Das Familienfideikommiß findet sich in Deutschland erst seit dem 17. Jahrhundert. Seine Geburtsstunde fällt in die Zeit, da der Sieg des fremden Rechts über das heimische vollendet war, und dieser Umstand hat dem Institut von vornherein eine eigenartige Stellung in der Wissenschaft gegeben. Seiner wirtschaftlichen Gestalt nach ein deutsches Gewächs, aus den Stammgutsstiftungen des niederen Adels entwickelt, wurde es, dem kosmopolitischen Geist der Zeit gemäß, befruchtet von den aus ähnlichen Verhältnissen entstandenen spanischen Majoraten[1]. So trat es vor die Jurisprudenz, die sofort das Corpus iuris civilis und die Libri feudorum zur Hand nahm, um dem neuen Gebilde eine legitime Stellung anzuweisen. Denn nur was an das fremde Recht anzuknüpfen war, fand

1) Nicht für die Entstehung des Fideikommisses in Deutschland kommen spanische Einflüsse in Betracht, wohl aber für die juristische Behandlung. Knipschildt beruft sich oft auf Molina. — Ueber die Wurzeln des Instituts vergl. die bei M. Wolff 32 N. 1 Zitierten. — Für die Geschichte insbesondere Pfaff-Hofmann, Exkurse II, 277—315. Gierke, Handwörterbuch 881—883 (N. 2).

Gnade vor ihr. So mußte denn das römische **fideicommissum familiae relictum** Pate stehen und, wie seinen Namen, auch manchen Rechtssatz mit dem Neuling teilen. Römisches Recht, Lehnrecht, spanisches Majoratsrecht wirkten also zusammen, um dem fertigen Institut des gemeinen Rechts zur juristischen Form zu dienen, das trotz all dieser Einzwängung seine deutschrechtliche Herkunft nicht völlig verleugnen konnte. Die Verwendung all der verschiedenen Gedanken hat indessen dem Fideikommiß Schaden gebracht. Nicht etwa, daß seine Grundgedanken unklar wären; — vielmehr waren die ersten Bearbeiter dieses Gebiets zu gute Juristen, als daß sie nicht das ganze Institut in meisterhafter Konstruktion auf einige scharf umrissene Grundlinien aufgebaut hätten. — Aber als der wiedererwachende historische Sinn sich auch dem Fideikommiß zuwandte und die mannigfachen Quellen seiner Rechtssätze aufdeckte, kam es leicht, daß, wer vom römischen Recht ausging, die Normen des römischen **fideicommissum**, — wer vom Lehnrecht kam, die lehnrechtlichen Gedanken in viel weiterem Umfange auf das Familienfideikommiß erstreckte, als dies dem gemeinrechtlichen Institut entsprach. Dazu kam in neuester Zeit die germanistische Wissenschaft, die, indem sie die deutschrechtlichen Wurzeln an den Tag legte, allzuviel Sätze aus der Zeit vor der Rezeption in das Institut legen wollte. Dies trat natürlich bei den fundamentalen Sätzen weniger hervor; sie waren von dem gemeinen Recht plastisch hingestellt; um so mehr aber bei einzelnen Fragen, da man bei ihrer Beantwortung nicht genau genug auf diese Fundamentalsätze aufbaute, sondern sich durch historische Erwägungen beeinflussen ließ. Das wird sich auch beim Verzicht des Fideikommißbesitzers zeigen, dessen Lehre hier dargestellt werden soll.

Noch ein anderes Moment wurde der wissenschaftlichen Durchbildung des Fideikommisses hinderlich: es geriet juristisch

und politisch in den Ruf eines unmodernen, reaktionären Instituts. Das lag zum Teil wohl an dem Gedanken, daß der Wille des Stifters auf unabsehbare Zeit die künftigen Geschlechter fesselte. Abhilfe gewährte hier die Konstruktion, die nach einem Familieneigentum hinstrebte. Sie wurde daher von der Gesetzgebung, die sich nun des Fideikommisses annahm[1]), angewendet. Aber der Einfluß, den man der Familie nun einräumte, war in den Partikulargesetzen sehr verschieden. Zu einer vollen Ausbildung der Familie zu einer Korporation, die freie Verfügung über das Gut mittels ihrer Organe ausübt, ist es nirgends gekommen. Und infolge dieser Halbheit ist auch die Wissenschaft dem Versuch der Partikulargesetzgebung nicht gefolgt; sogar über die Konstruktion des Preußischen Landrechts setzte sie sich ohne Bedenken hinweg. Im 19. Jahrhundert nahm diese Bewegung gegen das Fideikommiß noch zu und führte stellenweise zu seiner gänzlichen Aufhebung, — so auch in Preußen 1849—1852. — Als nun in jüngster Zeit das Fideikommiß wieder an Ansehen gewann, als man einsah, daß in den vornehmsten Gedanken dieses Instituts — der Erhaltung des Glanzes einer Familie und Unterordnung des Wohls des einzelnen Gliedes unter das Wohl der Familie — viel Richtiges und politisch und sozial Nützliches steckte, da hatten die Juristen ihre Abneigung noch nicht überwunden gegen die vielen vom gemeinen bürgerlichen Recht so sehr abweichenden Sätze. Eine möglichste Ausgleichung der Abweichungen schien ihnen geboten. So stehen denn die jüngsten Landesgesetze unter manchmal allzustarkem Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Diese wechselreiche Geschichte der Behandlung des Fidei-

1) In Preußen etwas widerwillig! Koch sagt (Anm. 1 zu ALR. II, 4, Abschnitt 3), das ALR. hätte „sich nicht getraut“, bis zur Abschaffung zu gehen.

kommisses in Literatur und Gesetzgebung macht es verständlich, daß Untersuchungen über spezielle Fragen des Fideikommißrechts zu keinem sicheren Ergebnisse gekommen sind.

§ 2. Der Fideikommißverzicht in Literatur und Gesetzgebung.

Eine Behandlung des Fideikommißverzichts hat es mit wenigen Vorarbeiten zu tun; und diese selbst gelangen zu so völlig voneinander abweichenden Resultaten, und auch diese Resultate stehen gar nicht in Einklang mit der Regelung, die die neuesten Gesetze getroffen haben, daß es notwendig ist, von Grund auf zu konstruieren und nur die allgemeinen Sätze des Fideikommißrechts als Fundament zu benutzen, während die speziellen Untersuchungen über den Verzicht nur einige Bausteine liefern werden.

Ein kurzer Blick in die bisherige Literatur und eine Uebersicht über .die einschlägigen Gesetzesbestimmungen wird das beweisen.

Dem älteren gemeinen Recht scheint der Verzicht keine Schwierigkeiten gemacht zu haben. Die renunciatio wird nur kurz als etwas Selbstverständliches erwähnt. So nennt sie Knipschildt — XVI, 119 — als Verlustgrund: „Amittitur fideicommissum renunciatione, eidemque renunciari posse", und wie aus den anderen Fällen hervorgeht, in denen er im XVI. Kapitel von „fideicommissum amittere" spricht, gilt der, welcher das Fideikommiß verliert, „pro mortuo", was doch so viel heißen soll, daß die Succession nun eintritt wie beim Tode des Besitzers. Sein Beweis lautet kurz und bündig — XVI, 122 ff. —: „Sunt enim fideicommissa haec species donationum, quae in invitos non conferuntur"; und zum Belege führt er die Zulässigkeit eines Verzichts auf allerlei andere Rechte an, z. B. das Lehnrecht des Vasallen,

den Adel, den päpstlichen Stuhl, die Thronverzichte Lothars und Karls V. ꝛc. Außerdem gibt er kurze Formvorschriften, und meint, daß der Verzicht des Vaters den Söhnen nicht schaden dürfe.

Von einem italienischen Juristen Bonfinius erfahren wir [1]) allerlei Unterscheidungen: er kennt eine renunciatio abdicativa et abstensiva und eine translativa, eine realis und eine personalis.

Sehr leicht macht es sich Kreittmayr. Er läßt — Anmerk. zum Cod. Max. bavar. civ. III, c. X, § XXII, n. 1 — das Fideikommiß „respective und in Ansehung eines Fideicommissarii für seine Person allein" erlöschen durch den Tod und, dem gleichgestellt, „durch gutwillige Renunciation und Begebung, wie es z. B. Esau gemacht hat, welcher sein Erstgeburtsrecht an Jakob um eine Schlüssel voll Brey vergab. Invito enim non obtruditur beneficium et quilibet favori pro se introducto potest renunciare."

Ebenso nennt Salza (S. 179/180) neben dem Tod des Besitzers als Grund des Aufhörens des Fideikommißeigentums „die Verzichtleistung, welche ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch den Eintritt in ein Kloster [2]), geschehen kann. Ein solcher Verzicht ist jedoch nur für die Person wirksam; auf die Successionsordnung der übrigen zum Fideikommiß berufenen Mitglieder hat sie keinen Einfluß, nur wird das Fideikommiß noch bei Lebzeiten des Berechtigten, gleich als ob dieser mit Tode abgegangen sei, auf den nächsten Anwärter verfällt. Dieser gelangt also eher zur Ausübung seines Rechts, als außerdem es der Fall gewesen sein würde" [3]).

---

1) Durch Pfaff-Hofmann, Exkurse 2, 242.

2) Ueber den Fehler, diesen Fall hierherzuziehen, siehe unten.

3) Dieser letzte Satz zeigt, daß Salza gerade an den wichtigen Fall

Dieselbe Wirkung des Verzichts, einen regelrechten Successionsfall herbeizuführen, kennen auch die wenigen Systeme und Lehrbücher des deutschen Privatrechts, die ihn überhaupt behandeln, wie Bluntschli, Stobbe, Roth[1]). Die meisten anderen begnügen sich mit der Bemerkung, daß der Verzicht den Descendenten nicht schaden dürfe. Was aber „nicht schaden" heißt, untersuchen sie nicht.

An der Anerkennung eines Verzichts auf das Recht scheint bei den Genannten nicht gezweifelt zu werden. Um so interessanter ist es, daß von anderer Seite, und zwar gerade von Spezialisten des Fideikommißrechts, die Zulässigkeit eines Verzichts überhaupt geleugnet wird. Jeder Verzicht auf das Fideikommiß richte sich auf Aufgabe der Ausübung, nicht auf Untergang des Rechts; denn letzteres sei unmöglich.

Die Anfänge dieser Lehre liegen bei Lewis. Auch er betont (S. 454, ähnlich S. 256), daß es dem Besitzer nicht versagt werden kann, „durch einen Verzicht sein eigenes Recht an dem Fideikommiß aufzuheben". Dann sagt er (S. 455): „Hat derselbe schlechtweg auf die Succession verzichtet, so hat dies dieselbe Wirkung, als ob er durch den Tod oder aus irgend einem sonstigen Grunde aus der Reihe der successionsfähigen Familienmitglieder ausgefallen wäre, und die Succession gelangt an den oder die Anwärter, welche alsdann (nach dem Tode des Vorbesitzers) die Nächstberechtigten sind." Aber Lewis verdunkelt diesen klaren Satz, nach dem durch Verzicht wie durch den Tod die Succession herbeigeführt wird, gleich darauf[2]).

---

nicht denkt, daß der zur Zeit des Verzichts Nächstberechtigte dem Verzichtenden zur Zeit seines Todes nicht mehr der Nächste ist!

1) Bluntschli, Deutsches Privatr. 196; Stobbe, Handbuch 5, 374, VI; Roth, Deutsches Privatr. 3, 776.

2) Auch Pfaff-Hofmann, Exkurse 2, 237 Anm. 3, heben die Inkonsequenz von Lewis hervor.

Er fährt fort: „Man kann sagen, ein solcher Verzicht sei stillschweigend zu Gunsten des nächstberechtigten Anwärters abgegeben[1]). Dadurch kann natürlich auf das Successionsrecht der Descendenten des Verzichtenden eingewirkt werden. Es verlieren dasselbe nämlich alle die, welche zur Zeit des abgegebenen Verzichts noch nicht geboren ... waren. Das müssen sich die gefallen lassen, welche Erben des Verzichtenden geworden sind, alle anderen können nach dem Tode desselben ihr Recht geltend machen." In diesen letzten Sätzen liegt ein Widerspruch! Die später Geborenen, die ihr Recht verlieren sollen, können, sofern sie nicht Allodiaerben werden, das Recht geltend machen! Dann würde ja der Verzicht doch nicht dem Tode gleichstehen, wie vorher gesagt war; denn die Succession würde sich danach richten, wer im Augenblick des Todes des Verzichtenden, nicht zur Zeit des Verzichts, der nächste Anwärter ist.

Eine Fortführung der zweiten Ansicht von Lewis bilden die ausführlichen Erörterungen von Pfaff und Hofmann[2]). Ihrer Ansicht nach würde die successio ex pacto et providentia maiorum verwirrt, wenn der zur Zeit des Verzichts Nächststehende vollberechtigter Fideikommißbesitzer würde; denn ein eventuell später Geborener würde dann nicht zur Succession kommen, obwohl es im Sinne des Stifters wäre, daß nur beim Tode[3]) eines Berechtigten das Gut an den nächsten

---

1) Dies ist schon sehr bedenklich! Denn daß der Verzicht zu Gunsten des Nächsten wirkt, beruht nicht auf der Absicht des Verzichtenden, sondern auf einem unabhängigen Recht des Successors.

2) Kommentar 2, 334—336; Exkurse 2, 234—248. — Ihnen hat sich Rosin angeschlossen, der aber auf eigenen Wegen dahin gekommen ist: IheringsI. 32, 409/410; ferner Stahl, Denkschrift ꝛc. 56. — Kürzlich Polenske, Beiträge 48 ff., der sich eng an Pfaff-Hofmann anschließt.

3) und als einzig gleichberechtigtes Moment der bürgerliche Tod durch Eintritt in ein Kloster: Pfaff-Hofmann, Exkurse 2, 239 Anm. 17. — Hier anderer Ansicht Polenske 50/51.

Anwärter gelangte. Deshalb „wird [1]) der Verzichtende für die Frage der Reihenfolge der Succession so betrachtet, als ob er nicht verzichtet hätte; eine wahre Vakatur tritt erst mit seinem Tode, nicht mit dem Verzichte, ein. Mit der successio ex pacto et providentia maiorum verträgt sich kein wahrer Verzicht".

Während so auf der einen Seite jahrhundertelang von dem Verzicht als etwas Selbstverständlichem gesprochen wurde, wird von der anderen Seite ein wahrer Verzicht überhaupt geleugnet.

In diesem Zusammenhange muß auch das Reichsgericht genannt werden. In einer Entscheidung — bei Gruchot 24, 1040 — vertritt es die gleichen Anschauungen wie Pfaff-Hofmann. Eine ganz andere Entscheidung findet sich aber in den „Entscheidungen des Reichsgerichts" 14, Nr. 56, indem hier unter Gleichstellung der Fideikommißfolge und der Lehnsfolge mit Berufung auf II F. 49 unterschieden wird, ob dem Verzichtenden das Successionsrecht für spätere Fälle gewahrt bleibt oder nicht. Im Zweifel soll es ihm bleiben; nur wenn er „omnino" verzichtet hat, soll er völlig aus dem Kreise der Successionsberechtigten ausscheiden. — Da das Lehnrecht auch in anderen Fällen oft herangezogen wird, soll die Behandlung des Lehnsverzichts hier kurz erwähnt sein [2]). Man kannte die simpliciter erklärte Aufkündung, die dem Vasallen alle Rechte und Pflichten nahm; sie war im Mittelalter vielfach beschränkt, indem sie nicht zur Unzeit geschehen durfte; sie durfte den Nachkommen des Verzichtenden keinen Nachteil bringen. Daher konsolidierte sich Ober- und Untereigentum in der Hand des Lehnsherrn nur, solange der Verzichtende lebte. Diese Wir-

1) Kommentar 2, 335.

2) Weber, Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts 4, § 255, S. 350—354.

kung läßt sich auf das Fideikommiß nicht übertragen, weil es im gemeinen Recht keinen Obereigentümer gibt, im preußischen Recht eine Konsolidation nicht eintreten durfte. — Die Wirkung des Verzichts, das Recht des Vasallen aufzuheben, trat unbedingt ein [1]). — Daneben gab es die „Refutation" zum Besten eines Dritten, auch „Lehnsresignation" genannt, die, sofern sie ohne Einwilligung des Herrn und der näheren Agnaten geschah, nur an einen Anwärter möglich war und nur für die Lebenszeit des Verzichtenden wirkte, wie eine Veräußerung an einen anderen. — Dies entspricht der Unterscheidung des Reichsgerichts.

Wie die Ansichten in der Literatur auseinandergehen, weichen auch die Gesetzesbestimmungen erheblich voneinander ab. Oesterreich (BGB. § 632) kennt den „Verzicht auf das Recht", der nie für die Nachkommen des Verzichtenden wirken kann; und ebenso bestimmt das bayerische Fideikommißedikt von 1818 in § 83. Im Gegensatz dazu läßt das hessische Gesetz vom 13. Sept. 1858 im Art. 27 einen Verzicht auch für die noch nicht erzeugte Nachkommenschaft zu. Polenske — S. 54 — will allerdings hier nur einen Verzicht auf einen Teil des Anwartschaftsrechts, nämlich das Successionsrecht, annehmen [2]).

Ganz neue Gesichtspunkte finden sich dann in den im Anschluß an das deutsche BGB. entstandenen Gesetzen. In

---

1) Daß das Recht des Vasallen damit definitiv erloschen ist, ist unbestritten. Ob Folge davon eine temporäre Konsolidation ist, wie Weber a. a. O. und Stobbe-Lehmann 2, Teil 2, S. 450 wollen, ist zweifelhaft. Dernburg nimmt dies für den Verzichtsfall nicht an. Er läßt sofort das Recht des Folgers entstehen (Preuß. Privatr. § 370).

2) Ob es richtig ist, das Anwartschaftsrecht und mithin das Besitzrecht in so getrennte Teile zu zerlegen, daß ein Verzicht sich auf einen Teil erstrecken, den anderen unberührt lassen kann, ob also Polenske recht hat, wird später beantwortet.

Mecklenburg-Schwerin und -Strelitz ist zu unterscheiden — A.V. z. BGB. §§ 137, 138 bezw. für Strelitz §§ 134, 135 —: 1) Der Verzicht auf sein gesamtes Recht am Fideikommiß; dieser kann entweder nur für den Verzichtenden oder auch für alle seine Abkömmlinge wirken. — 2) Der Verzicht, der nur zu Gunsten anderer wirken soll, der daher dem Verzichtenden nicht sein gesamtes Anwartschaftsrecht, auch nicht sein Successionsrecht überhaupt, sondern nur den Vorrang vor gewissen anderen Anwärtern nimmt. Eine solche Absicht wird aber vermutet. Auch hier muß nach dem Wortlaut der Paragraphen ein Verzicht nur für die Person des Besitzers und ein Verzicht auch für seine Abkömmlinge möglich sein. — Das sächsische Gesetz vom 7. Juli 1900 §§ 73, 72 stimmt im allgemeinen damit überein, nur ist der Verzicht nicht für alle Abkömmlinge möglich, sondern nur für die noch nicht erzeugten Kinder und deren Abkömmlinge.

Für Preußen kommt zunächst das ALR. in Betracht. Eine ausdrückliche Bestimmung über den Verzicht findet sich hier nicht. Höchstens ALR. II, 4, § 178 gehört hierher, in dem einem Besitzer, der nach der Successionsordnung ein zweites Fideikommiß erhalten müßte, die Wahl gelassen wird, ob er das nun auf ihn verfällte Fideikommiß übernehmen und dagegen das bisher besessene „abgeben" wolle. Eine eingehende Regelung gibt aber der „vorläufige Entwurf eines Gesetzes über Familienanwartschaften". Hiernach soll der Verzicht das gesamte Recht des Verzichtenden zerstören. Er scheidet aus dem Verbande der Anwärter völlig aus. Ein Verzicht mit Wirkung auf Abkömmlinge ist ausgeschlossen.

§ 3. Die Aufgabe.

Die geschilderten Widersprüche in der Lehre vom Fideikommißverzicht scheinen darauf hinzuweisen, daß verschiedene

Tatbestände durcheinander geworfen wurden; und die Tatsache, daß manche neueren Gesetze mehrere Arten von Verzicht kennen, bestätigt das. Um zu einer Klärung zu kommen, ist es notwendig, davon auszugehen, was der Verzichtende mit seinem Verzicht beabsichtigt. Dabei darf man sich zunächst nicht streng an das halten, was im juristisch-technischen Sinn unter „Verzicht" verstanden wird, sondern man muß das alles einbeziehen, was im Leben „Verzicht" genannt wird.

Es ist zu unterscheiden:

1) Der Fideikommißbesitzer will sein Recht am Gut völlig vernichten, seinerseits nichts mehr mit dem Fideikommiß zu tun haben.

2) Er wünscht, die Vorteile des Besitzes einem anderen zuzuwenden, nur hinter gewissen anderen zurückzustehen, und gegebenen Falls selbst wieder eingreifen zu können. Er strebt also nicht nach völliger Lösung seiner Person von dem Fideikommiß [1]).

Inwieweit die Rechtsordnung dem Willen des Verzichtenden gerecht werden darf, gilt es für beide Fälle zu untersuchen.

I. Im engsten technischen Sinn [2]) versteht man unter „Verzicht" das freiwillige Aufgeben eines Rechts in seiner Totalität mit der Absicht, daß dieses Recht fortan nicht mehr bestehen soll [3]), und zwar soll es nicht bloß in seiner subjektiven

1) Aehnlich unterscheidet Dorner 401, ohne allerdings Folgerungen daraus zu ziehen: „Inhaltlich kann die Erklärung ebensowohl dahin gehen, daß der Verzichtende aus dem Kreise der Stammerbberechtigten ganz ausscheidet, als auch daß er einem anderen Stammerbberechtigten gegenüber bloß auf sein besseres Recht verzichtet, aus der Stellung eines erstgeborenen in die eines nachgeborenen Sohnes einrückt."

2) Eck in Holtzendorffs Rechtslexikon [3] 3, 1131 ff.

3) Hinzuzufügen ist noch, daß auch der Willensakt, der auf die Hinderung des Entstehens eines künftigen Rechts gerichtet ist, unter den technischen Begriff „Verzicht" fällt. Dies ist hier aber gleichgültig. Siehe Cohn bei Gruchot 47, 251.

Beziehung zu dem Verzichtenden, sondern in seinem objektiven Dasein getroffen werden[1]. Wesentlich ist für den Begriff, daß der Verzicht, wenn er seinen Zweck erreicht hat, unwiderruflich ist; denn das einmal untergegangene Recht kann nicht durch einen Willensakt wieder auferweckt werden. „Ad iura renunciata non detur regressus." (Knipschildt XVI, 124.)

Zwei Hauptfragen tauchen bei der Betrachtung eines Verzichts immer wieder auf[2]: 1) Kann auf das betreffende Recht überhaupt wirksam verzichtet werden? 2) In welcher Form vollzieht sich der Verzicht auf dieses Recht, einseitig oder durch Vertrag?

So auch beim Fideikommißverzicht: Ist es dem Besitzer möglich, durch einen Willensakt sein Recht am Fideikommiß völlig zu zerstören? (§§ 4—6.) Und wenn dies möglich ist, welcher Natur ist dieser Willensakt? (§ 7.) Eine weitere Frage nach den Wirkungen des Verzichts muß sich dann beantworten lassen, wenn man die Konsequenzen aus den Ergebnissen der beiden anderen zieht (§§ 8—10).

II. Aber, wie gesagt, häufig genug ist die Rede von einem Verzicht des Fideikommißbesitzers, wenn sein Wille gar nicht darauf gerichtet war, sein Recht völlig zu zerstören. Auch das Nichtausüben von gewährten Vorteilen pflegt man als „Verzicht" zu bezeichnen, wiewohl es nicht immer dem strengtechnischen Begriff entspricht. So sagt man von dem Gläubiger schon, daß er auf seine Forderung verzichte, wenn er sie nicht einzutreiben erklärt, obwohl sein Forderungsrecht durch die Er-

---

1) Dies zum Unterschied von der durch Veräußerung bewirkten Rechtsübertragung.

2) Cohn, a. a. O. S. 253, 255. Die erste Frage, die Cohn kurz erledigt, wird gerade hier eine große Rolle spielen, weil es, wie er sagt, auf die Natur des Rechts ankommt. Eine allgemeine Entscheidung ist daher unmöglich.

klärung allein nicht berührt wird, vielmehr zu seinem Untergange ein Erlaßvertrag mit dem Schuldner nötig ist.

Auch wenn man die Ausübung eines Rechts einem anderen überläßt, sich aber vorbehält, unter gewissen Umständen selbst wieder als Berechtigter nach außen aufzutreten, spricht man von Verzicht.

Die Behandlung des Fideikommißverzichts muß daher auch die Fälle mitumfassen, in denen der Besitzer nur Besitz, Genuß und Verwaltung aufzugeben wünscht, aber sich nicht völlig aus dem Verbande der Fideikommißberechtigten lösen will.

Ob die Rechtsordnung auch solchem Willen zum Erfolge verhilft, und auf welchem Wege sie ihn durchsetzen kann (§ 11), welcher Natur dieser Willensakt (§ 12) und welcher Art das dadurch geschaffene Rechtsverhältnis ist (§ 13), endlich welche neuen Wege sich durch die modernen Partikulargesetze in dieser Hinsicht eröffnet haben (§ 14), wird die weitere Aufgabe dieser Untersuchung sein.

III. Zum Schlusse soll dann von den gefundenen Ergebnissen aus versucht werden, in das oben geschilderte Chaos der Meinungen und Bestimmungen Sinn und Ordnung zu bringen (§ 15).

II. Der Verzicht des Fideikommißbesitzers auf sein gesamtes Recht am Familienfideikommiß.

1. Zulässigkeit.

§ 4. Methode des Beweises.

Ein Weg, die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Fideikommißverzichts zu beweisen, der nicht gebilligt werden kann, ist der, daß man die Folgen, die der Verzicht hat, als unmöglich bezeichnet und von da aus zurückschließt auf die Unmög-

lichkeit der Prämisse (— d. i. die Zulässigkeit des Verzichts —), ohne daß die doch notwendige zweite Prämisse einer Prüfung unterzogen würde. Dieser Fehler findet sich aber bei Pfaff und Hofmann[1]), denen Rosin[2]) und Polenske[3]) gefolgt sind. Sie halten den Verzicht für unzulässig, weil gewisse Wirkungen ihnen unverträglich erscheinen mit einer ohne Diskussion als richtig aufgestellten Ansicht von der successio ex pacto et providentia maiorum. Eine andere Auffassung dieser Succession würde aber die Wirkungen als möglich, und somit auch den Verzicht als zulässig erscheinen lassen. Also zum Beweise ist diese Methode wenig geeignet, zumal solche Entscheidung nach den Konsequenzen leicht zur Kasuistik verleitet.

Vielmehr ist die Frage nach der Verzichtbarkeit eines Rechts nur durch Charakterisierung des betreffenden Rechts zu lösen[4]). Diese Untersuchung ist nicht etwa damit abgetan, daß jedes subjektive Privatrecht verzichtbar sei, wie dies z. B. Knipschildt[5]) auf Grund falsch ausgelegter Corpus-iuris-Stellen tut. Denselben Fehler begeht Lewis (Fam.-Fid. 454), wenn er sagt: „daß, wie bei jedem Recht der Berechtigte sich durch Aufgeben desselben entäußern darf, so auch bei einem Familienfideikommiß dem Besitzer es nicht versagt werden kann, durch einen Verzicht sein eigenes Recht an demselben aufzuheben.“ Es ist nicht wahr, daß jedes Privatrecht verzichtbar ist!

1) Kommentar 2, 334—336. — Exkurse 2, 234—243.

2) Rosin in IheringsJ. 32, 409/410. Er schließt sich eigentlich nicht an Pfaff-Hofmann an, sondern kommt auf eigenen Wegen, aber aus denselben Gründen zu dem gleichen Resultat.

3) Beiträge zur Lehre vom deutschen Fideikommißerbrecht 50 ff.

4) So auch Cohn a. a. O. 253: „Entscheidend ist die Natur des Rechts.“

5) XVI, 123: „Et vulgata est juris regula, quod quilibet privilegio, iuri et favori pro se introducto renunciare possit.“

Ueberhaupt läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Nur so viel läßt sich sagen, daß Vermögensrechte stets verzichtbar sind; aber auch viele Nichtvermögensrechte, z. B. Mitgliedsrechte, sind verzichtbar. Angeborene Rechte, z. B. der Adel, können verzichtbar, später erworbene unverzichtbar sein. Einzig eine klare Erkenntnis der Natur des Rechts, um dessen Aufgabe es sich handelt, kann zur Entscheidung führen, und schließlich kann auch dieser Entscheidung leicht etwas Willkürliches anhaften, da es keine allgemeingültige Regel gibt.

Es gilt daher zuvörderst, die Natur des Rechts, das der Fideikommißbesitzer aufzugeben beabsichtigt, festzustellen, um über die Zulässigkeit des Verzichts zu entscheiden.

§ 5. Das Recht des Fideikommißbesitzers.

I. Herleitung.

Für die Natur des Rechts des Fideikommißbesitzers ist außerordentlich wichtig, daß seit jeher der Gedanke der „successio ex pacto et providentia maiorum“ für seine Konstruktion verwertet ist. Ein Ausfluß[1]) dieses Gedankens ist es, daß der jedesmalige Inhaber sein Recht von dem Stifter unmittelbar herleitet. „Die Succession ist keine Rechtsnachfolge im technischen Sinne, sondern ein Nachrücken; der Nachfolger leitet sein Recht nicht von dem Vorgänger ab, sondern der späteste Erwerber gründet es, gleich dem ersten, auf die Berufung von seiten des Stifters. Unabhängig voneinander gelangen sie (alius post alium) ipso iure und proprio iure in die Herrschaft über das Fideikommißvermögen.“ (Pfaff-Hofmann, Kommentar 2, 275.) Pactum und providentia maiorum haben jedem Berufenen ein Folgerecht gegeben, das außerhalb

1) Aber nicht die einzige Bedeutung! — Ueber eine andere Folgerung aus der succ. ex pacto et prov., die für die Verzichtsfrage ebenfalls von wesentlicher Bedeutung ist, s. unten S. 215.

der Macht jedes anderen Anwärters steht. Nur dem übereinstimmenden Willen des ganzen Kreises der Berufenen ist zuweilen im „Familienschluß“ gestattet, die künftigen Rechte der später Geborenen an der Entstehung zu hindern [1]), dem jeweiligen Inhaber aber allein steht eine solche Macht nicht zu [2]).

Indem das Prinzip der successio ex pacto als Quelle und Rechtfertigung eines jeden Anwartschafts- und Besitzrechts am Fideikommiß den Willen des Stifters bezeichnet, ist aber nicht gesagt, daß der jeweilige Inhaber nur Rechtsnachfolger

1) So ist insbesondere in den Partikulargesetzen die Auflösung des Fideikommisses durch übereinstimmenden Beschluß aller lebenden Anwärter möglich; meist unter Mitwirkung der Behörde oder der beratenden Teilnahme eines Vertreters der noch nicht Erzeugten; — z. B. bayrisches Fid. Edikt § 93 Ziff. 4 — hess. Gesetz v. 13. Sept. 1858 Art. 29 — Mecklenburg-Schwerin (-Strelitz) § 131 (§ 128) — Sachsen: Ges. v. 1900 § 91 — Preußen: Edikt v. 9. Okt. 1807 § 9, Ges. v. 15. Febr. 1840 § 1 — Entwurf § 204. — Im gemeinen Recht ist dergleichen unzulässig; s. Dorner, Bad. A.-Ges. 404 N. 3a; Lewis 455/456; Beseler 824; Seuffert 29, Nr. 47. — Die Praxis zuweilen entgegengesetzt: Seuffert 13, Nr. 270. Auch einzelne Schriftsteller: Bluntschli 196 IX; Gerber-Cosack [17] 143.

Die Abweichung der Partikulargesetze vom gemeinen Recht ist nicht, wie es in den von Dorner a. a. O. zitierten Sätzen Brauers heißt, eine willkürliche, aus praktischen Gründen erfolgte Abweichung von den Lehrsätzen, sondern eine Folge der Hinneigung zum Familieneigentum, welches allerdings in gewissem Widerspruch zu dem konsequent durchgeführten Grundsatz der succ. ex pacto steht. — Eine Verletzung bestehender Rechte — die Rechte künftig Geborener sehen wir trotz M. Wolff 45 Anm. 1 als noch nicht bestehende, nicht als bereits subjektlos vorhandene an — ist nach geltendem Recht zuweilen möglich durch Ausschluß unbekannter Anwärter im Aufgebotsverfahren: Sachsen § 93. — Ganz neu und viel zu weitgehend der „Entwurf“ § 204, der eine Knechtung der Minderheit zuläßt.

2) Auch hier weicht Sachsen ab, indem § 74 des Ges. die den Gedanken der succ. ex pacto verleugnende Bestimmung enthält, nach der eine Entziehung des Folgerechts analog der Pflichtteilsentziehung durch den Anwartschaftsbesitzer möglich ist. — Hier konsequent der „Entwurf“ § 112 Ziff. 7. — Hierher gehört auch die Erstreckung des Verzichts auf die Nachkommen, die ebenfalls der succ. ex pacto widerspricht. Darüber s. unten § 10.

des Ersterwerbers, und nicht auch des Vorbesitzers sei. Daß die zeitliche Aufeinanderfolge der Besitzer auch rechtliche Wirkungen hat, daß insbesondere Rechtsverhältnisse an einzelnen Gegenständen des Fideikommisses, so z. B. der Ersitzungsbesitz, in der Person des Folgers fortwirken, ist unzweifelhaft, widerspricht aber nicht dem, daß der Berechtigte sein Recht zum Fideikommißbesitze im ganzen genommen von dem Stifter, nicht vom Vorgänger ableitet. Auch ist dieser Gedanke keineswegs entbehrlich, wie Polenske — S. 33/34 — meint; einzelne Eigentümlichkeiten des Fideikommißverzichts im gemeinen und preußischen Recht, die beide streng an diesem Grundsatz festhalten, sind nur mit seiner Hilfe zu verstehen. Hellwig — Wesen der Rechtskraft § 34 — will diese Seite der successio ex pacto sogar ganz ausschalten. Es beruht das auf seiner Lehre von der Rechtsnachfolge des Nacherben im Verhältnis zum Vorerben. Aber gerade hier liegt es ebenso wie dort: auch der Nacherbe muß gewisse Verfügungen des Vorerben gelten lassen, und doch ist er nun einmal „Erbe" des Erblassers, nicht nur dem Worte nach. Da Polenske zum Beweise der Hellwigschen Lehre die Steuergesetzgebung heranzieht, sei hier auch auf sie verwiesen[1]). Ein noch so fiskalisches Steuersystem, das alle Erbschaften von der Seitenlinie besteuert, wird nicht auf den Gedanken kommen, den auf die väterliche Erbschaft als Nacherben eingesetzten Bruder des

[1]) Mit Steuergesetzen läßt sich aber natürlich gar nichts beweisen! Wollte der Staat den Satz, daß Erbschaftssteuer nur beim Uebergang einer Erbschaft von der Seitenlinie erhoben wird, auf das Fideikommiß anwenden, würde er fast nie Steuern erhalten, wenn das Fideikommiß als Erbschaft des Erst-Erwerbers gilt, da es meist auf dessen Descendenten kommt. Warum soll er aber nicht auch Steuern erheben beim Uebergange eines Fideikommisses von der Seitenlinie? Der Ausdruck „Erbschaft" wird in diesem Falle ja auch in Preußen gar nicht gebraucht, sondern unterschieden „Erbschaften" und „Fideikommißanfälle". Ges. v. 30. Mai 1873 § 1 Z. 1 u. 2 u. Ges. v. 19. Mai 1891 § 26.

Vorerben zu besteuern; denn er ist eben Erbe seines Vaters und nicht seines Bruders; aber er ist nur Nacherbe, und als solcher einigermaßen abhängig vom Vorerben. So mag auch der Fideikommißbesitzer im Verhältnis zu den einzelnen Gegenständen Rechtsnachfolger des Vorgängers genannt werden; in dem, was die Grundlage seines Rechts ausmacht, ist er nicht sein Rechtsnachfolger. Allerdings ist er auch hierin nicht nur „Rechtsnachfolger" des Stifters; vielmehr hat der Wille des Stifters die Voraussetzungen für eine unbegrenzte Zahl von Rechten geschaffen, indem jedem Anwärter mit der Geburt ein Anwartschaftsrecht entsteht. Und in Bezug auf dieses Anwartschaftsrecht ist keiner Rechtsnachfolger des anderen. Denn es ist unübertragbar und unvererblich. Fideikommißbesitzer kann nur sein, wer die Qualifikation des Anwärters in sich trägt, nämlich die Berufung kraft Stifterwillens. Das Eigentum, der Besitz, die Reallastberechtigung rc. gehen von dem einen zum anderen im Wege der Rechtsnachfolge über: aber nur wenn er die, im Anwartschaftsrecht verbürgte, Befähigung zum Fideikommißbesitz hat, herrscht er als Fideikommißbesitzer.

Aus der successio ex pacto et providentia maiorum folgt also zunächst, daß jeder Fideikommißinhaber sein Recht der Tatsache verdankt, daß es der Stifter so gewollt hat, indem er ihn in den Kreis der Anwärter berufen hat.

Wie der Besitzer sein Recht einerseits dem Stifter verdankt, so ist sein Recht andererseits in seinem Umfange und seinen Grenzen auch bestimmt durch den Willen des Stifters. Denn das ist der Kern des Familienfideikommisses, wenigstens des gemeinrechtlichen, — dies der Punkt, der seine Stärke und Schwäche zugleich ist: „der Tote ist Herr über die Lebendigen" [1]).

1) Gierke in Schmollers J. 12, 483.
Aehnlich — allerdings mit einem anderen Bilde — hebt schon Knipschildt III, 2 diesen Punkt hervor: „Sola enim testatoris et disponentis

Wie jedem Lebenden die Macht fehlt, das Recht eines Anwärters anzutasten, so fehlt dem Besitzer die Macht, frei über das Gut zu verfügen. Daher „die Starrheit der vom Stifter geschaffenen Rechtsverhältnisse", die auch Polenske (S. 16) betont und richtig begründet. Des Stifters Willen hat dem Gut die Fideikommißeigenschaft gegeben und hat die Successionsordnung für alle Zukunft festgesetzt; durch dessen Willen hat der Besitzer einst durch seine Geburt bereits ein Anwartschaftsrecht und damit eine Stellung in der Reihe der übrigen Anwärter erworben, durch dessen Willen hat er den Besitz des Gutes erlangt, als er beim letzten Erledigungsfall sich als der dem Vorbesitzer nach der Successionsordnung Zunächststehende erwies [1]). Und dessen Willen bestimmt nun auch den Inhalt seines Rechts!

II. Inhalt, Umfang und Grenzen des Rechts.

Das so geschaffene Recht wird verschieden konstruiert, je nachdem man von der Idee des geteilten Eigentums ausgeht oder nicht. Danach ist auch hier zunächst zu trennen.

A. Gemeines Recht.

Als die gewissermaßen klassische Grundlage ist vornehmlich das gemeine Recht zu berücksichtigen.

Im gemeinen Recht ist der Fideikommißbesitzer Eigentümer. Zwar ist das vielfach geleugnet worden, aber diese Ansicht, die Knipschildt bereits verfochten hat [2]), hat sich zur unbestrittenen Herrschaft in der Wissenschaft emporge-

---

voluntas in fideicommissis inspicienda est ... et pro lege observanda; nam lex pedetentim sequitur voluntatem testatoris, sicut venator leporem."

1) Nicht der dem Stifter Zunächststehende: Lewis 359 mit den in Anm. 22 daselbst Zitierten. Das gilt auch für das preußische Recht: ALR. II, 4 § 154 und überhaupt für alle Rechte. — Bezügl. des „Entwurfs" vergl. M. Wolff 106.

2) Knipschildt X, 10: fideicommissi possessorem verum dominum esse rei fideicommissariae, verius videtur".

schwungen [1]), so daß hier auf ihre Begründung nicht eingegangen zu werden braucht.

Aber dieses Eigentum ist nicht genau so gestaltet wie anderes Eigentum. Der römische Begriff will gar nicht darauf passen. Es ist nämlich, abgesehen von den äußeren Schranken in den Rechten Dritter, die ja mit dem römischen Begriff sich vertragen würden, schon in sich selbst gebunden. Und wie es einerseits seinem Herrn manche der wichtigsten Eigentumsbefugnisse nicht gewährt, so schließt es sich andererseits um so enger an ihn an und erhöht dadurch seine Stellung. Gerade hier empfindet man schmerzlich, daß der Begriff der Gewere für das geltende Recht tot ist; denn eigentlich gibt weder „Fideikommißbesitz" noch „Fideikommißeigentum" einen genauen Begriff des Rechts des Fideikommißherrn; der Begriff der Gewere würde hier als „Fideikommißgewere" recht am Platze sein [2]). — Indessen kann man sich mit der Bezeichnung „Eigentum" abfinden, sofern man nur nicht außer acht läßt, daß nach deutscher Auffassung Eigentum auch mit inneren Schranken möglich ist [3]). Ein völlig schrankenloses Recht gibt es an Grundstücken nicht; mit Eigentum bezeichnet man aber das oberste Herrschaftsrecht, „den Inbegriff der an einer Sache möglichen Machtbefugnisse". (Gierke, Deutsches Privatrecht 2, 356).

1) Gierke, H.W.B. 885 N. 4; Stahl, Denkschrift 26. Neuerdings ist die gemeinrechtliche Wissenschaft in der Betonung des Eigentums zuweilen zu weit gegangen, indem sie seine Schranken zum Teil niederreißen wollte.

2) Damit soll nicht etwa gesagt sein, daß ein solcher Begriff historisch für das Fideikommißrecht richtig ist. Vielmehr entspricht dem deutschrechtlichen Gedanken am meisten ein Familieneigentum oder das geteilte Eigentum. Aber es zeigt sich, daß auch das moderne Rechtsleben mit dem schroffen, rein vermögensrechtlichen römischen Eigentum schlecht auskommt, und daß sich nicht jedes eigentumsähnliche Rechtsverhältnis in Eigentum und iura in re aliena auflösen läßt. Der Begriff der Gewere vermochte dem wirklichen Leben eher gerecht zu werden.

3) Siehe Gierke, Deutsches Privatrecht 2, § 120 Anm. 2.

Ist aber eine Sache durch unaufhebbare Willenserklärung des Stifters zum Fideikommiß gemacht, so sind an ihr gewisse Machtbefugnisse nicht mehr möglich, die Summe der übrigen läßt sich aber wohl noch als Eigentum bezeichnen. Der Unterschied vom römischen Eigentum ist übrigens stets empfunden, wenn auch nicht erkannt worden. Denn daß das romanistische Eigentum verzichtbar ist, läßt keine Erörterung zu, und doch konnten sich gegen die Verzichtbarkeit des Fideikommißeigentums gewichtige Zweifel erheben. Die Eigentumsnormen etwa des Bürgerlichen Gesetzbuchs lassen sich eben nicht einfach anwenden. — Nur wenn man diesen Unterschied, der durch die innere Gebundenheit des Fideikommißeigentums gekennzeichnet wird, im Auge behält, kann man die Frage, ob nicht dieses Recht als etwas vom Eigentum Verschiedenes anzusehen ist, für „belanglos" erklären[1]).

Schon das darf nicht vergessen werden, daß dies Eigentum ihm zufällt nicht als dem einzelnen, sondern als dem Repräsentanten der Familie. Indem der Wille des Stifters es ihm allein zuwendet, verfolgt er den Zweck, den splendor familiae zu erhalten, und daher liegt in dem Rechte des Besitzers zugleich die Verpflichtung, die Familie würdig zu repräsentieren. Das wird oft übersehen, ist aber deshalb wichtig, weil sich daraus z. B. die Verwirkung des Ehrlosen erklärt.

---

1) Das tut Polenske 22 Anm. 20. — Es ist jedenfalls besser, den Fideikommißherrn Eigentümer zu nennen, als sich mit der farblosen Wendung zu begnügen: „der jeweilig zu Besitz und Genuß Berechtigte", wie das Preuß. AG. zur GBO. § 15; ähnlich die mecklenburgischen Gesetze. — Polenske hält das für praktisch ausreichend. Das wäre es doch nur, wenn man interpretiert: „der kraft der vom Stifter gesetzten Successionsordnung dinglich Berechtigte", und auch dann würde es für die neuen Gesetze, die eine Verletzung der stifterischen Successionsordnung zulassen, nicht passen. „Zur Nutzung des Fideikommisses berechtigt" ist auch ein Pächter oder Nießbraucher!

Auch hiervon abgesehen ist das Recht des Besitzers einerseits von außen durch Rechte Dritter begrenzt, andererseits innerlich gebunden. Beide Schranken sichern die Stetigkeit des Fideikommisses nach zwei Richtungen hin: in sachenrechtlicher und in erbrechtlicher Beziehung fehlen dem Besitzer wichtige Eigentumsbefugnisse [1]).

1) Die Rechte Dritter sind die unentziehbaren Anwartschaftsrechte der Agnaten, die sie vom Willen des Stifters ableiten, und die niemand ihnen verkümmern oder beeinflussen darf. Jeder agnatische Descendent des ersten Besitzers hat es mit der Geburt erworben als ein bestehendes Recht an fremder Sache, nicht etwa nur als ein künftiges, erst mit dem Berufungsfall ins Leben tretendes [2]). Das Anwartschaftsrecht äußert sich nach zwei Richtungen.

Einerseits gewährt es zur Sicherung der erbrechtlichen Gebundenheit des Fideikommisses dem Anwärter „ein gegenwärtiges Recht auf eine eventuelle zukünftige Succession", — (Rosin in IheringsJ. 32, 360) — des Inhalts, daß, sobald ihn die Successionsordnung als den Nächstberechtigten nennt, sein bisheriges Recht sich zum Fideikommißeigentum steigert. Dadurch wird aber nicht etwa für den näheren ein anderes Recht geschaffen als für den weiteren. Das Anwartschaftsrecht steht, nach den Worten Rosins (S. 361), an sich „seinem allgemeinen und abstrakten Inhalte nach jedem Anwärter, auch

1) Polenske 22/23 hebt die doppelte Schranke in erbrechtlicher und sachenrechtlicher Beziehung hervor; aber nur in den Rechten der Anwärter läßt er sie zum Ausdruck kommen, also nur in der äußeren Vinkulierung. Es ist aber gerade die innere Gebundenheit, ebenfalls mit einer erbrechtlichen und einer sachenrechtlichen Seite, die den Unterschied des „Fideikommißeigentums" vom gemeinen Eigentum ausmacht.

2) A. M. Lewis 327 f. — Entscheid. bei Seuffert 29, 78; doch ist dies genügend widerlegt. Siehe besonders Rosin 358—363 c. c. Auch Reichsgericht, Entscheid. 26, 153.

dem entfernteren, in gleicher Weise zu, während allerdings bei der konkreten Verwirklichung der also gesicherten Succession das Recht des näheren dem des entfernteren Anwärters an Stärke voransteht". Das ist völlig richtig und sehr wesentlich.

Andererseits liegt in dem Anwartsschaftsrecht das Recht, über die Unversehrtheit des Fideikommißeigentums in seiner sachenrechtlichen Gebundenheit zu wachen. Diese zweite Seite wird oft übersehen. Neuerdings hat sie Polenske klar herausgehoben: „Auch ist das Recht auf Succession nur die eine Erscheinungsform des umfassenderen Anwartschaftsrechts, das nicht als Successionsrecht, sondern in seiner Totalität geschützt ist" (S. 33). Gerade dieses Ueberwachungsrecht gibt der Anwartschaft ihre gegenwärtige Bedeutung, indem es ihr die Befugnis gibt, „zur Erhaltung des Gutes im Kreise der Familie und zur Sicherung der gegebenen Successionsordnung gegen jede der Stiftung widersprechende Einrichtung auf die Substanz des Gutes, welche jenen Zweck schädigt oder gefährdet, gegenwärtig zu reagieren" [1]). Für das gemeine Recht sind diese Befugnisse oft nicht genügend anerkannt, so von Lewis [2]). Indem er aber den Anwärtern gewisse Rechte, wie das Recht auf Errichtung eines Inventars, ein Recht auf Kaution, ein Interventionsrecht im Prozeß zugesteht [3]), hat er damit sowohl seine Behauptung, daß sie kein gegenwärtiges Recht hätten, als auch die, daß sie außer dem Successionsrecht kein Recht am Gut hätten, selbst widerlegt. Und wenn Partikulargesetze

1) Rosin, a. a. O. 360. — Neuerdings werden diese Rechte meist „Hilfsrechte" genannt; so M. Wolff 44; Polenske 44. — Es ist dabei wesentlich zu beachten, wie dies an den angeführten Stellen von Rosin und von Polenske geschieht, daß sie nicht bloß dem Anwärter zu seinem Recht helfen sollen, sondern daß ihre Hauptbedeutung darin liegt, das Fideikommiß als solches zu erhalten im Interesse des splendor familiae.

2) Lewis 327. Ebenso Stahl, Denkschrift 35.

3) Lewis S. 155, 163, 215; vergl. dazu Rosin 362.

oder Stifter dem Anwärter weitergehende Befugnisse geben, so ist das nach Rosin — S. 362 — „nicht im Sinne der Begründung einer qualitativ neuen Rechtsstellung, sondern einer quantitativen Verstärkung der nach dem Zwecke des Instituts an sich bereits gegebenen" aufzufassen.

2) Die ganze Bedeutung dieses Ueberwachungsrechts zeigt sich bei Betrachtung der eben dadurch gesicherten inneren Gebundenheit. Die im Fideikommiß begründeten Eigenschaften entsprechen den einzelnen Anwärterbefugnissen. Aber nicht diese sind es in erster Reihe, die die Schranken des Rechts des Besitzers bestimmen, sondern sie sind nur ein Mittel, um die ohnehin bestehenden Schranken zu sichern. Daß die Fideikommißeigenschaft des Gutes als Hemmnis des freien Eigentums wirkt, unabhängig von den Rechten der Anwärter, zeigt sich darin, daß das Gut diese Eigenschaft behält, wenn zur Zeit kein Anwärter vorhanden ist. Dann wird nicht etwa das Gut zu Allod und damit veräußerlich[1]), sondern bis zum Tode des letzten Besitzers bleibt es Fideikommiß, und erst wenn dann keine Anwärter da sind, wird es freies Gut, und erst dann gewinnen Verfügungen seitens des letzten Besitzers Gültigkeit. Aber obgleich die Aufsichtsrechte der Anwärter nur Mittel sind, so ist doch die durch sie gesicherte innere Gebundenheit des Gutes nicht Endzweck, sondern selbst nur Mittel zum Zweck des Fideikommisses. Nur von diesem Gesichtspunkte aus läßt sie sich verstehen. Gerade sie dient dazu, „im Interesse der sozialen

1) Dies behauptet aber Lewis 430. Wenn sich doch noch beim Tode des Besitzers ein Successor findet, so hält auch er die Veräußerung für nichtig. Die Fideikommißeigenschaft ist also vorher höchstens resolutiv bedingt, d. h. vorhanden. — Wie Lewis auch Gengler 205. Richtig: Mittermaier 1, 446, und Gerber-Cosack[17] 148 Anm. 24. — Hier nützt auch die Konstruktion subjektloser Rechte nichts. Denn auch mit ihrer Annahme würden Verfügungen des Besitzers in der Schwebe sein. Der Fehler der „subjektlosen Rechte" liegt eben zum größten Teil darin, daß man nicht wissen kann, ob und in welcher Stärke sie da sind.

Stellung einer Familie ein Gut dauernd im Kreise derselben zu erhalten“ [1]).

Diese Besonderheiten nun, die im Fideikommißeigentum liegen und seinem Herrn die eigenartige Stellung geben, sind die Unveräußerlichkeit und die Successionsordnung, also auch hier eine sachenrechtliche und eine erbrechtliche Seite.

Die Unveräußerlichkeit ist eines der wenigen von je anerkannten Prinzipien des Fideikommißrechts. Knipschildt sagt von ihr — XI, 6 —: „Sua natura his familiarum fideicommissis inest“ [2]). Auch Kreittmayr bezeichnet — III, c X, § XXIII n. 1 — die „Inalienabilität als in ipsa rei natura steckend“. Ebenso heute allgemein, z. B. Gierke, H.W.B. 886 N. 7: „das Veräußerungsverbot ist dem Fideikommiß wesentlich und liegt daher selbst unausgesprochen in jeder Fideikommißstiftung“.

Nur über die Tragweite dieser Eigenschaft herrschte Streit. Ob die trotzdem geschehene Veräußerung für die Besitzzeit gültig, ob sie anfechtbar, oder ob sie nichtig ist, dürfte für das gemeine Recht im Sinne der letztgenannten Meinung entschieden sein [3]). Noch nicht völlig geklärt ist aber die Frage, wie und

---

1) Rosin 379. Er betont da auch besonders, daß all dies nur Mittel sind.

2) Polenske 22/23 meint, die Unveräußerlichkeit sei von Knipschildt nicht für wesentlich gehalten. Allerdings unterscheidet Knipschildt an der von Polenske angeführten Stelle — II, 2 — von dem unveräußerlichen fideicommissum reale ein fideicommissum personale, das unter Umständen veräußerlich ist. Indessen denkt er im übrigen in dem ganzen Werk nur an das fideicommissum reale. Das personale ist lediglich der Vollständigkeit halber bei einer der so beliebten Aufzählungen Knipschildts mitangeführt. Tatsächlich ist dieses f. c. personale nichts anderes als das römische fideicommissum familiae relictum und hat mit unserem Familienfideikommiß, das im übrigen den Gegenstand des Werkes ausmacht — wie sich aus der oben zitierten Stelle XI, 6 ergibt — nichts zu tun.

3) Lewis 285 ff. c. c. in Anm. 72 das. — A. M. Stobbe-Lehmann, II, 2, S. 588, der sie für anfechtbar hält. — Die bloße Anfecht-

wann diese Richtigkeit geltend gemacht werden könne. Man kann hier — nach dem Beispiel Polenskes 24 ff. — unterscheiden: die Theorie der „sofortigen Vindikation", die der „sofortigen Revokation" und die der „aufgeschobenen Vindikation". Die letzte Ansicht vertritt Lewis — S. 241 ff. — mit der Begründung, daß erst in dem durch den Tod des Veräußernden herbeigeführten Successionsfall der Folger Eigentümer und damit zur rei vindicatio berechtigt wird. Nur wenn der Stifter eine Veräußerung mit Verwirkung bedroht hätte, sollte die Klage dem nächsten Anwärter sofort zustehen, eben weil er dann selbst Eigentümer geworden sei (S. 246). Die Auffassung von Lewis wurde als die herrschende des gemeinen Rechts angesehen. Demgegenüber hat Rosin in dem erwähnten Aufsatz den Nachweis zu erbringen versucht, daß die Lehre des gemeinen Rechts nicht allgemein auf diesem Standpunkt stand. Wenn er auch darin übertreibt, daß bis kurz vor Lewis die communis opinio die Revokationsklage dem Anwärter in allen Fällen sofort gegeben habe[1]), so ist ihm doch wohl insofern recht zu geben, als das ältere gemeine Recht die Theorie der „sofortigen Vindikation" vertrat, weil es eine Verwirkungsklausel auch ohne besondere Erwähnung als im Institute enthalten ansah. Diese Ansicht entspricht am meisten dem Gedanken der Unveräußerlichkeit. — In bewußter

barkeit kann dazu führen, die Unveräußerlichkeit nicht als innere Schranke, sondern als allein durch die Anwärterrechte aufrecht erhalten anzusehen. Und das wieder führt zu den „subjektlosen Rechten"! Denn um nun die Unwirksamkeit auch gegenüber noch nicht Erzeugten zu verstehen, ist es eine große Hilfe, ihre Rechte als bereits gegenwärtige anzunehmen. Siehe M. Wolff 45.

1) Schon Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 369, und Mittermaier, Deutsches Privatrecht 1, 444, erwähnen die aufgeschobene Revokation als selbstverständlich, ohne sich dabei gegen eine „communis opinio" zu wenden — Hinsichtlich der älteren gemeinrechtlichen Lehre bringt Rosin ausführliche, überzeugende Belege S. 369—376, besonders Anm. 8—25.

Abweichung vom gemeinen Recht bringt Rosin selbst dann die Theorie der „sofortigen Revokation“, indem er die Revokationsklage für eine — mit der rei vindicatio nicht identische — aus dem dinglichen Anwartschaftsrecht als solchem fließende Klage erklärt, mit der sich der nächste Anwärter nur ein Recht zur Ausübung, nicht das Fideikommißeigentum selbst erstreitet. Ihre historische Begründung sucht diese Auffassung in dem Beispruchsrecht der nächsten Erben im deutschen Recht des Mittelalters. Richtig ist hieran, daß die Revokationsklage aus dem Anwartschaftsrecht entspringt, aber nur insofern, als auch der Fideikommißbesitz sich aus ihm ableitet. Wenn Rosin aber den Kläger nur die Ausübung erlangen läßt, so ist das nicht richtig, und auch nicht der Analogie des Beispruchsrechts entsprechend. Auch der auf Grund des Beispruchsrechts klagende Erbe erwirbt sich das Gut zu Eigentum[1]). — Für das gemeine Recht ist die Rosinsche Theorie schon deshalb unannehmbar, weil, wie er selbst zugibt, die gesamte bisherige Lehre des Fideikommißrechts von Knipschildt an die Revokationsklage als rei vindicatio betrachtete, indem die ältere Literatur sofortige Verwirkung des Rechts des Veräußerers statuierte, die neuere aber, die dies fallen ließ, die Revokationsklage erst nach dem Tode des Veräußerers zuließ.

Aber auch davon abgesehen befriedigt die „Theorie der sofortigen Revokation“, die dem Revozierenden die Ausübung des beim Veräußernden verbleibenden Rechts gibt, nicht. Wie mißlich überhaupt eine derartige Trennung von Recht und Ausübung ist, wird sich später bei dem „Verzicht auf die Aus-

1) Stobbe-Lehmann II, 1, S. 470.

Gierke, HWB. 886 N. 7: „Aus dem älteren deutschen Beispruchsrecht ist in das Fideikommißrecht der Satz übergegangen, daß der Besitzer durch unbefugte Veräußerung sein Recht zu Gunsten des Nachfolgers verwirkt.“

übung" zeigen (unten § 12). — Eine richtige „Revokation", die aus dem Anwartschaftsrecht fließt, wäre denkbar: ihre Folge müßte aber sein, daß das revozierte Gut nun wieder in den status quo „zurückgerufen" wird, also weiter in Besitz und Verwaltung des Veräußerers bleibt. Warum soll man aber dem zur Zeit der Veräußerung Nächsten, von dem doch gar nicht feststeht, daß er wirklicher Folger im Rechte werden wird, ein Ausübungsrecht geben, dem entfernteren Anwärter aber nicht? Erklärlich wäre das nur, wenn man, wie das Successionsrecht, auch ein eventuelles Verwaltungsrecht als durch Stifterwillen geschaffen annimmt, das ebenso wie dieses von der Successionsordnung abhängig wäre, um zur Realisierung zu kommen. Dafür gibt es aber gar keinen Anhalt. — Die „Theorie der sofortigen Revokation", aber anders, als Rosin meint, findet sich allerdings in einzelnen Gesetzen[1]: die Verfügungen, die gegen das Veräußerungsverbot verstoßen, können von jedem Anwärter als unwirksam geltend gemacht werden kraft des in seinem Anwartschaftsrecht enthaltenen Ueberwachungsrechts. Solche Geltendmachung soll aber nicht dem Kläger zu gute kommen, wenn sie es auch in Wahrheit tun mag — sondern sie geschieht lediglich im Interesse der Familie; ihre unmittelbare Wirkung ist sogar die, daß der Veräußerer selber das Gut wiedererlangt! Ihr Zweck aber ist das Wohl der Gesamtfamilie. Das zeigt sich auch darin, daß z. B. das sächsische Gesetz § 31 die Geltendmachung der Unwirksamkeit durch einen von der Fideikommißbehörde bestellten Anwärtervertreter kennt.

---

1) So im sächs. Ges. v. 1900; auch im preuß. „Entwurf". — Früher schon das bayr. Fid.-Edikt § 52, wo aber offenbar nur an die Revokation von veräußerten Teilen gedacht ist. — Ebenso hessisches Ges. v. 1858 § 22. — Eventuell kann die Verwaltung einem Sequester überlassen werden, nie dem nächsten Anwärter als solchem, bayr. Fid.-Edikt § 71.

Für das gemeine Recht bleiben wir dabei, daß die Revokationsklage eine vindicatio ist, und zwar im älteren Recht gestützt auf die durch die Rechtsverwirkung des Veräußerers entstandene Berechtigung des Nachfolgers. Sie ist eine Folge der im Institute selbst liegenden Unveräußerlichkeit des Gutes.

Die zweite Besonderheit des Fideikommißeigentums ist notwendige Konsequenz der ersten. Wenn der Besitzer nicht veräußern darf, so liegt es nahe, daß ihm auch die Verfügung von Todes wegen entzogen ist. Es ist daher dem Fideikommiß durch den Willen des Stifters eine festbestimmte Successionsordnung immanent, die den dinglichen Successionsrechten der Anwärter entspricht. Das Verhältnis ist folgendes: Die Rechte der Anwärter bestehen selbständig und untereinander gleichwertig; wann sie zu ihrem Ziele, dem Fideikommißbesitz, kommen, kann sich deshalb nicht nach ihrem Inhalt bestimmen. Sie sagen nur, daß jemand überhaupt berufen werden kann, nicht aber wann, in welcher Reihenfolge. Hier tritt nun die im Fideikommiß selbst liegende Successionsordnung ergänzend ein. Der Wille des Stifters hat sie festgesetzt, um stets zu bestimmen, wann für einen Anwärter der Berufungsfall eintritt und wer im Berufungsfall der nächste Anwärter ist. Dem Fideikommiß ist also unter den Anwärtern ein unverrückbarer, festbestimmter Weg vorgezeichnet. Das ist der zweite bedeutende Ausfluß der successio ex pacto et providentia maiorum (s. o. S. 201 f.). Die Berechtigung zur Succession und die Reihenfolge, in der die so Berechtigten einander ablösen, beides ist durch pactum et providentia maiorum für alle Zukunft festgelegt.

Daß eine Individualfolge vorgeschrieben ist, ist dabei nicht einmal wesentlich, wenigstens nicht für das gemeine Recht, da bei ihrem Mangel die Nachfolge gemäß dem gesetzlichen Erbrecht eintritt, ohne daß die Fideikommißnatur dadurch betroffen

würde. Auch ohne sie ist eine Successionsordnung im Gute enthalten in dem Sinne, daß das Fideikommiß sich seinen Herrn sucht nach dem Willen des Stifters, nicht nach dem Willen des Vorbesitzers. Und es sucht die Erben des Besitzers auf, nicht, weil sie seine Erben sind, sondern weil die Erbenqualität sie äußerlich als Fideikommißberechtigte bezeichnet. Die Fideikommißfolge bleibt trotzdem unabhängig von dem wirklichen Eintritt der Erbfolge [1]). Aber eine Individualsuccession ist doch regelmäßiger Bestandteil des Fideikommisses geworden. Steht sie doch in engster Verbindung mit dem Zweck des Instituts: soll der splendor familiae erreicht werden, so müssen die Vorteile einem Gliede der Familie ungeteilt zukommen, und zu Gunsten dieses einen müssen sich die übrigen im Interesse des Gesamtnamens mit den Anwärterrechten begnügen. Diesen einen zu bestimmen, ist die Aufgabe der Successionsordnung. Die einzelnen Arten und mannigfachen Formen der Fideikommißnachfolge gehören nicht hierher. So bewirkt die Successionsordnung eine innere Gebundenheit des Gutes, indem sie es an eine bestimmte Person fesselt. Wen sie unter den Anwärtern als den Berechtigten benennt, an den bindet sie das Gut und mit ihm die Pflicht, Träger des splendor familiae zu sein. Sie verlangt unbedingt die Identität der Person des nächstberechtigten Anwärters und des Fideikommißbesitzers.

Eine Gelegenheit für die Successionsordnung, wirksam zu werden, ist nun stets dann gegeben, wenn das Recht eines Besitzers sein Ende erreicht. Ist dieses möglich vor dem Tode des Besitzers, so muß sie eben auch schon dann eingreifen. Denn das Gut verlangt seinen Herrn. Hier ist eine Abweichung vom Lehnrecht denkbar, aus dem im übrigen das

1) So entzieht die Ausschlagung der Erbschaft z. B. nicht das Fideikommiß. — Und Intestaterbe sein verbürgt noch nicht die Fideikommißfolge. So nimmt z. B. ein Adoptierter oder Legitimierter an der Intestaterbfolge teil, während er von jener ausgeschlossen ist.

Prinzip der successio ex pacto herübergenommen ist. Denn wenn im Lehnrecht ein Erledigungsfall eintritt, so braucht die Successionsordnung nicht immer in Aktion zu treten, weil eine einstweilige Konsolidation bei dem Lehnsherrn möglich ist. Dort kann das Recht des nächsten Anwärters durch den Tod des Vorbesitzers befristet sein — für das Gut ist in der Zeit zwischen dem Erledigungsfall (z. B. Felonie, Verzicht) und dem Tode des Ausscheidenden gesorgt. Im Fideikommißrecht trifft dies aber nicht zu (vergl. oben S. 195).

Bei aller Bedeutung, die die successio ex pacto für das Fideikommißrecht hat, muß doch vor Ueberschätzung gewarnt werden. Sie ist ebensowenig Selbstzweck wie die Unveräußerlichkeit. Sie dient vielmehr nur dem Institut, um ihm den Weg zu zeigen, auf dem es seinen Zweck erreicht. Es liegt dem Stifter nicht daran, das Recht des jeweilig nächsten Anwärters zu befristen, sondern sein Wille geht dahin, daß nur einer (bezw. nur der bestimmte Familienkreis) es haben soll, um des Glanzes der Familie willen[1]).

Das Fideikommiß ist nicht da, um den Gedanken der successio ex pacto zu verewigen, sondern die Successionsordnung verhilft dem Fideikommiß, indem sie den Berechtigten bestimmt, zur Durchführung seines Zweckes.

Dieser Ueberblick über das Recht des Fideikommißbesitzers nach gemeinem Recht lehrt nun folgendes:

Das Fideikommißeigentum steht ihm zu infolge eines höchstpersönlichen Grundrechts, des Anwartschaftsrechts, das er kraft Willens des Stifters bereits vor seiner Besitzzeit hatte. Dieses Recht ist nun bei seiner Berufung nicht

1) Daher ist es unstatthaft, wie Pfaff-Hofmann, Exkurse 2, 235 das noch neuerdings tun, das römische Fideikommiß hereinzuziehen, obwohl gerade sie davor warnen, das deutsche Institut auf das Prokrustesbett römischer Begriffe zu spannen (Exkurse 2, 192). Dort handelt es sich um Befristung des Rechts des Nächsten, und vor Eintritt des Termins existiert für ihn gar kein Recht.

untergegangen, sondern hat gewissermaßen nur seinen Höhepunkt erreicht. Richtig sagt die „Begründung" des preußischen „Entwurfs" (S. 152): „Die Fähigkeit, dies Recht (Fideikommißbesitz) zu erlangen, ist der wichtigste Inhalt des Anwartschaftsrechts; mit der Ergreifung des Fideikommißbesitzes erreicht es zugleich seine höchste Steigerung und sein Ende [1]). Es geht damit in das Recht zum Fideikommißbesitz über." Natürlich als ius in re aliena besteht es nicht mehr, seitdem die Sache seine eigene geworden ist. Aber seine Spur lebt fort; als ein an seiner Person haftendes unübertragbares Recht stand ihm das Anwartschaftsrecht und steht ihm sein Fideikommißeigentum zu. „Das Recht zum Fideikommißbesitz kann deshalb keine geringeren Voraussetzungen haben als das Anwartschaftsrecht" („Begründung" S. 152).

So tritt nun mit dem Berufungsfalle zu dem vorhandenen höchstpersönlichen Grundrecht das Sachenrecht: darin offenbart sich die deutschrechtliche Auffassung des Grundeigentums als des Trägers der „sozialen Position" des Inhabers [2]). Der Begriff der Gewere vermochte es darzustellen, das rein vermögensrechtliche römische Eigentum läßt sich nur mit gezwungenen Klauseln und Zerlegungen darauf anwenden. Nicht bloß Schranken richtet die Fideikommißeigenschaft eines Gutes für seinen Herrn auf, sondern sie bringt ihm auch etwas: sie verschafft ihm als dem Repräsentanten der Familie, um deren Glanz willen das Fideikommiß geschaffen ist, eine höhere Wertung.

Diese Stellung wird durch die Gebundenheit seines Rechts

---

1) Dies „Ende" ist aber kein Untergang, sondern, wie der nächste Satz lehrt, ein Uebergang. Die personenrechtlichen Momente leben fort im Recht des Besitzers.

2) Gierke, Holtzendorf-Kohlers Enzyklopädie, Grundzüge des deutschen Privatrechts, § 46, S. 488; ebenso Dtsch. Privatr. 2, 358 N. 4 und S. 364 oben. — Dies muß auch auf Geldfideikommisse als gut fundierte Sondervermögen angewendet werden.

noch verstärkt, insofern dadurch die Vorteile des Genusses um so enger an seine Person geknüpft werden. Denn eine Trennung des Eigentums von dem Rechte als nächster Anwärter ist gar nicht möglich. Wollte man sie durchführen, so müßte ja das Eigentum kraft der immanenten Successionsordnung sich nach dem Willen des Stifters den Nächstberechtigten suchen und würde so mit dem Rechte eben dieses nächsten Anwärters wieder zusammenwachsen zu jener „Fideikommißgewere".

Umgekehrt muß eine Abstoßung des höchstpersönlichen Teils seines Rechts, sofern sie möglich ist, die Eigentumsbefugnisse mit sich ziehen. Denn in der Verschmelzung der beiden Teile ist das primäre Element das höchstpersönliche Grundrecht, dem das materielle Nutzungsrecht nur folgt. Wer kein Anwartschaftsrecht gehabt hat, kann nicht Fideikommißbesitzer sein, und wer nicht mehr Fideikommißbesitzer sein will, muß versuchen, diese höchstpersönlichen Bestandteile zum Untergange zu bringen. Damit ist die Frage nach der Zulässigkeit des Verzichts auf das Familienfideikommiß reduziert auf die Frage nach der Möglichkeit eines Verzichts auf diese Grundlage des Fideikommißbesitzes. Zugleich ist damit erkannt, daß ein prinzipieller Unterschied nicht bestehen kann zwischen dem Verzicht eines Anwärters auf das Anwartschaftsrecht, dem Verzicht im Berufungsfall und dem Verzicht auf das schon länger ausgeübte Recht.

B. Rechte mit geteiltem Eigentum.

Bevor die Frage nach der Verzichtbarkeit des eben gefundenen Grundrechts im gemeinen Recht beantwortet wird, ist noch ein Blick auf die Rechte zu werfen, die mit dem geteilten Eigentum operieren. Wenige Ausführungen werden genügen, da das Wesen des Fideikommisses hier nicht anders ist als im gemeinen Recht, nur die juristische Konstruktion ab-

weicht. Allerdings soll auf die Punkte, in denen sich die neuesten Gesetze gänzlich vom bisherigen Recht entfernt haben, hier noch nicht eingegangen werden.

Die äußeren Schranken des Rechts des Besitzers äußern sich hier nicht als dingliche Rechte Dritter an fremder Sache, sondern als Obereigentums- bezw. Miteigentumsbefugnisse [1]). Der Anteil am Obereigentum enthält das Successionsrecht für den Fall, daß die Successionsordnung den betreffenden Teilhaber im Erledigungsfall als Nächstberechtigten weist, und er enthält auch das Ueberwachungsrecht. Dieses ist hier sogar außerordentlich ausgebildet; denn natürlich muß der „Eigentümer“ für seine Sache sorgen können. So zählt das bayrische Fideikommiß-Edikt von 1818 eine Reihe derartiger Befugnisse auf (§ 43), von denen die wichtigsten sind: „eine üble Verwaltung der Fideikommißgüter dem Gerichte anzuzeigen, — überhaupt, sowohl für Erhaltung der Substanz, als für Erfüllung der fideikommissarischen Anordnungen zu wachen und darüber in den geeigneten Fällen die gerichtliche Hilfe nachzusuchen“. Ganz ähnlich bestimmt das hessische Gesetz vom 13. September 1858, Art. 16. — Auch das Oesterreichische BGB. enthält die Generalklausel (§ 630): „Das Obereigentum berechtigt die Fideikommißanwärter . . . . überhaupt alle zur Sicherheit der Substanz nötigen Maßregeln zu treffen.“

Auch das, was wir im gemeinen Recht als innere Schranken des Rechts des Fideikommißbesitzers bezeichneten, findet sich hier;

1) Als Miteigentum wird das Rechtsverhältnis aufgefaßt vom bayr. Fid.-Edikt § 42 und hess. Ges. v. 1858, Art. 15. Es ist aber in Wahrheit auch ein geteiltes Eigentum; denn die Anwärter und der Inhaber stehen sich gegenüber wie Ober- und Untereigentümer. In § 44 nennt das bayr. Fid.-Edikt den letzteren „Nutzeigentümer“. Er ist allerdings gleichzeitig Miteigentümer; das ist er aber auch da, wo das „geteilte“ Eigentum ausdrücklich ausgesprochen ist, wie in Preußen und Oesterreich, nämlich Miteigentümer am Obereigentum!

aber nur mit Einschränkungen. Solange freilich der Wille des Stifters überhaupt gilt, solange dem Gute die von ihm gegebene Fideikommißeigenschaft anhaftet, sind Unveräußerlichkeit und Successionsordnung ihm wesentlich. Aber der Gedanke des geteilten Eigentums führt konsequent zu der Aufhebbarkeit dieser Eigenschaft selbst. Denn: „das volle Eigentum steht dem Ober- und Untereigentümer zusammen zu" (Gierke, Encyklopädie, Deutsches Privatrecht § 47). Sie können daher frei wie ein Eigentümer mit dem Gute schalten. Wenn häufig, meist von Romanisten, die Konstruktion des geteilten Eigentums als überflüssig und unbrauchbar bezeichnet wird, wenn z. B. im preußischen Recht sich einzelne über den strikten Wortlaut des ALR. hinwegsetzen und die Auffassung des gemeinen Rechts von den dinglichen Rechten der Anwärter an fremder Sache hineintragen, so ist das ein schwerer Fehler, der sich sofort fühlbar macht[1]). Denn die Erkenntnis des Unterschiedes, daß im gemeinen Recht der Wille sämtlicher Anwärter das Fideikommiß nicht veräußern und in Allod verwandeln kann, daß dies aber im preußischen Recht und überall da, wo das geteilte Eigentum verwandt wird, möglich ist, wird dadurch verhindert. Im gemeinen Recht herrscht der Wille des Stifters ungehindert, hier steht noch über ihm die gegenwärtige Familie, die das

---

1) In jüngster Zeit gewinnt der Gedanke des geteilten Eigentums wieder Boden. Dernburg und Förster, die in früheren Auflagen die landrechtliche Konstruktion einfach verächtlich liegen ließen, sind in den neusten Auflagen vorsichtiger, ohne indes ihre gemeinrechtliche Ansicht aufzugeben. — Das geringe Ansehen des geteilten Eigentums beruht darauf, daß man es lediglich für ein Produkt eines Mißverständnisses der Glossatoren hielt. Deren Herleitung eines dominium utile aus der rei vindicatio utilis war allerdings ein Irrtum, aber doch nur die falsche Anwendung auf eine wirklich bestehende Rechtslage. — Das dominium utile war ein Mißverständnis, die Teilung des Eigentums eine Tatsache. — Ueber die Berechtigung dieser Konstruktion für das Fideikommiß s. auch Wolff, a. a. O. 30.

weicht. Allerdings soll auf die Punkte, in denen sich die neuesten Gesetze gänzlich vom bisherigen Recht entfernt haben, hier noch nicht eingegangen werden.

Die äußeren Schranken des Rechts des Besitzers äußern sich hier nicht als dingliche Rechte Dritter an fremder Sache, sondern als Obereigentums- bezw. Miteigentumsbefugnisse[1]). Der Anteil am Obereigentum enthält das Successionsrecht für den Fall, daß die Successionsordnung den betreffenden Teilhaber im Erledigungsfall als Nächstberechtigten weist, und er enthält auch das Ueberwachungsrecht. Dieses ist hier sogar außerordentlich ausgebildet; denn natürlich muß der „Eigentümer" für seine Sache sorgen können. So zählt das bayrische Fideikommiß-Edikt von 1818 eine Reihe derartiger Befugnisse auf (§ 43), von denen die wichtigsten sind: „eine üble Verwaltung der Fideikommißgüter dem Gerichte anzuzeigen. — überhaupt, sowohl für Erhaltung der Substanz, als für Erfüllung der fideikommissarischen Anordnungen zu wachen und darüber in den geeigneten Fällen die gerichtliche Hilfe nachzusuchen". Ganz ähnlich bestimmt das hessische Gesetz vom 13. September 1858, Art. 16. — Auch das Oesterreichische BGB. enthält die Generalklausel (§ 630): „Das Obereigentum berechtigt die Fideikommißanwärter . . . . überhaupt alle zur Sicherheit der Substanz nötigen Maßregeln zu treffen."

Auch das, was wir im gemeinen Recht als innere Schranken des Rechts des Fideikommißbesitzers bezeichneten, findet sich hier;

1) Als Miteigentum wird das Rechtsverhältnis aufgefaßt vom bayr. Fid.-Edikt § 42 und hess. Ges. v. 1858, Art. 15. Es ist aber in Wahrheit auch ein geteiltes Eigentum; denn die Anwärter und der Inhaber stehen sich gegenüber wie Ober- und Untereigentümer. In § 44 nennt das bayr. Fid.-Edikt den letzteren „Nutzeigentümer". Er ist allerdings gleichzeitig Miteigentümer; das ist er aber auch da, wo das „geteilte" Eigentum ausdrücklich ausgesprochen ist, wie in Preußen und Oesterreich, nämlich Miteigentümer am Obereigentum!

aber nur mit Einschränkungen. Solange freilich der Wille des Stifters überhaupt gilt, solange dem Gute die von ihm gegebene Fideikommißeigenschaft anhaftet, sind Unveräußerlichkeit und Successionsordnung ihm wesentlich. Aber der Gedanke des geteilten Eigentums führt konsequent zu der Aufhebbarkeit dieser Eigenschaft selbst. Denn: „das volle Eigentum steht dem Ober- und Untereigentümer zusammen zu" (Gierke, Encyklopädie, Deutsches Privatrecht § 47). Sie können daher frei wie ein Eigentümer mit dem Gute schalten. Wenn häufig, meist von Romanisten, die Konstruktion des geteilten Eigentums als überflüssig und unbrauchbar bezeichnet wird, wenn z. B. im preußischen Recht sich einzelne über den strikten Wortlaut des ALR. hinwegsetzen und die Auffassung des gemeinen Rechts von den dinglichen Rechten der Anwärter an fremder Sache hineintragen, so ist das ein schwerer Fehler, der sich sofort fühlbar macht[1]). Denn die Erkenntnis des Unterschiedes, daß im gemeinen Recht der Wille sämtlicher Anwärter das Fideikommiß nicht veräußern und in Allod verwandeln kann, daß dies aber im preußischen Recht und überall da, wo das geteilte Eigentum verwandt wird, möglich ist, wird dadurch verhindert. Im gemeinen Recht herrscht der Wille des Stifters ungehindert, hier steht noch über ihm die gegenwärtige Familie, die das

[1]) In jüngster Zeit gewinnt der Gedanke des geteilten Eigentums wieder Boden. Dernburg und Förster, die in früheren Auflagen die landrechtliche Konstruktion einfach verächtlich liegen ließen, sind in den neusten Auflagen vorsichtiger, ohne indes ihre gemeinrechtliche Ansicht aufzugeben. — Das geringe Ansehen des geteilten Eigentums beruht darauf, daß man es lediglich für ein Produkt eines Mißverständnisses der Glossatoren hielt. Deren Herleitung eines dominium utile aus der rei vindicatio utilis war allerdings ein Irrtum, aber doch nur die falsche Anwendung auf eine wirklich bestehende Rechtslage. — Das dominium utile war ein Mißverständnis, die Teilung des Eigentums eine Tatsache. — Ueber die Berechtigung dieser Konstruktion für das Fideikommiß s. auch Wolff, a. a. O. 30.

Fideikommiß zerstören kann (s. oben S. 202). Insofern sind also Unveräußerlichkeit und Successionsordnung zu Gunsten der gegenwärtigen Familie aufhebbar, allerdings nur mit Untergang des Instituts.

Danach bestimmt sich das Recht des Besitzers. Das ALR. II, 4 § 72 sagt: „dem jedesmaligen Fideikommißbesitzer gebührt das nutzbare Eigentum des Fideikommisses". Da sich ferner das Obereigentum („Proprietät") „bei der ganzen Familie" befindet (II, 4 § 73), steht dem Besitzer als deren Mitglied auch ein Anteil daran zu. „Das im Eigentum liegende Nutzungsrecht erschöpft nicht das nutzbare Eigentum, vielmehr gehört zu diesem als Bestandteil desselben auch ein Mitrecht an der Proprietät" (Koch, ALR., Anm. zu I, 18 § 3). Dieses besaß er aber schon, ehe er zur Nachfolge berufen war. Bei dem letzten Successionsfall ist ihm, als dem nach der Successionsordnung nächststehenden Obereigentümer, das nutzbare Eigentum dazugekommen und hat sich mit dem Anteil am Obereigentum zu einem einheitlichen Recht verwachsen. — Wollte er nun auf das Untereigentum verzichten, so würde das Obereigentum zu Volleigentum anschwellen. Das widerstrebt jedoch dem Wesen des Fideikommisses; das Volleigentum würde daher wieder einen Teil als Nutzeigentum absondern, und dieses müßte sich nach der gegebenen und, solange das Fideikommiß besteht, unverrückbaren Successionsordnung von neuem an den nächstberechtigten Obereigentümer, d. h. den Verzichtenden, heften. Das Resultat dieser künstlichen Analyse des Verzichtsvorganges ist, daß der Besitzer sein Untereigentum nur los werden kann, wenn er sich aus dem Verbande des Obereigentums zu lösen vermag. Gelingt ihm ein Verzicht auf sein Mitrecht am Obereigentum, so verliert er damit ipso iure sein Untereigentum.

Die Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht leuchtet

ein: Von dem Rechte, das hinter dem Untereigentum liegt, hängt auch hier die Zulässigkeit des Verzichts ab, wie im gemeinen Recht von dem Grundrecht, das hinter dem Eigentum schlummert. Beide sind Quelle und Rechtfertigung hier des Untereigentums, dort des Eigentums. Und ob ein Willensakt den Fideikommißbesitzer von seinem Rechte am Gute lösen kann, ist abhängig davon, ob er auf dieses Grundrecht verzichten kann.

§ 6. Fideikommißrecht und Familienstellung.

Erworben ist dieses Grundrecht durch die eheliche Geburt in der bewidmeten Familie. Nur ein Familienglied kann dieses Recht überhaupt haben, und jeder Berechtigte leitet es direkt als Descendent des ersten Erwerbers vom Stifter ab.

Es liegt deshalb nahe, dieses Recht als ein Familienrecht anzusehen und als solches für unverzichtbar zu erklären. Das wäre indessen nur richtig, wenn die Stellung als Familienglied und diese Berechtigung so miteinander verknüpft wären, daß keines ohne das andere bestehen könnte. Daß das Fideikommißrecht nicht ohne Zugehörigkeit zur Familie besteht, ist gesagt. Ob aber dieses Recht so unzertrennlich an die Familienstellung gebunden ist, daß ein Agnat ohne das Recht undenkbar wäre, ist als die entscheidende Frage zu untersuchen. Ist eine Trennung logisch möglich, so muß ein wirksamer Verzicht gestattet sein. Denn so sicher ein Verzicht auf die Rechte aus Familienverhältnissen unwirksam ist, „welche [1]), abgesehen von deren Einfluß auf Vermögensrechte, sich als unmittelbares Resultat derselben darstellen; — denn die Entäußerung derselben als natürlich-sittlicher Verhältnisse ist unzulässig", — so richtig ist auch die Fortsetzung dieses Satzes: „Hinsichtlich aller übrigen,

1) Weiske, Rechtslexikon 12, 885.

aus Vermögensverhältnissen entsprungenen oder darauf sich beziehenden Rechte, wozu also auch die durch Familienverhältnisse bestimmten gehören, gilt die Regel, daß jeder den ihm zuständigen Rechten entsagen, darauf verzichten kann."

Nicht hierher gehörig und daher nicht beweisend ist der Ausnahmefall, daß man durch Eintritt in ein Kloster sein Anwartschaftsrecht und seinen Fideikommißbesitz verliert[1]). Denn gerade hier geht das Recht unter, weil, wie schon Knipschildt[2]) und nun Lewis richtig bemerken, „der Mönch durch den Eintritt in den Orden gewissermaßen aus seiner Familie ausscheidet, somit also in ihm die wesentlichste Voraussetzung für den Besitz des Fideikommisses fortfällt" (Lewis 338). Jedenfalls liegt hier der Verlust nicht etwa in einem stillschweigenden Verzicht, wie einige annehmen (z. B. Salza 179/180); er verliert sein Recht nicht auf Grund eines hierauf gerichteten Willens, sondern infolge einer in seiner Person eintretenden Unfähigkeit, die ihn aller Familienrechte beraubt[3]).

1) Knipschildt VIII, 68 ff.; Kreittmayr III, c X, § X, n. 1; Lewis 338.

2) Knipschildt VIII, 78: „Agnatio non in orbe terrarum, sed in coelis esse".

3) Denn auch auf Familienrechte erstreckt sich der „bürgerliche Tod". — Richtig: Pfaff-Hofmann, Exk. 2, 239 Anm. 17. — Polenske 50 f. stellt den Eintritt ins Kloster dem Verzicht gleich. Er wendet sich gegen die Behauptung, daß die Aenderung der Nachfolgeordnung beim Verzicht unmittelbar, hier mittelbar aus dem Willen des Berechtigten hervorgehe, so daß hier eine Rechtshandlung, dort ein Rechtsgeschäft vorliege. Indessen denkt ja diese Behauptung nicht an den Rechtserwerb eines anderen, und ob er mittelbar oder unmittelbar herbeigeführt wird, sondern daran, daß die Zerstörung des Rechts beim Verzicht die unmittelbare Folge des darauf gerichteten Willens ist, während durch den Klostertod zunächst das Familienband gelockert, und erst infolge davon das Recht am Fideikommiß betroffen wird; — die Eröffnung der Nachfolge ist stets mittelbare Folge des Aufhörens des Rechts des Vorgängers, wie Polenske richtig betont. — Für uns handelt es sich aber darum, ob durch das Ordensgelübde nur

Es soll auch nicht herangezogen werden, daß nach Partikularrechten[1]) der Verlust des Adels zu einem Fideikommiß unfähig macht. Zwar verliert man mit dem Adel seine sonstige Familienstellung nicht, indessen liegt es doch nahe, daß die hier waltende Auffassung die ist, daß die adlige Familie nur von den Trägern des adligen Namens gebildet wird, ein Fortfall des Adels daher eine gewisse Aehnlichkeit mit einem Austritt aus der Familie hat.

Von diesen beiden Punkten abgesehen, die von einem Verlust der Familienstellung und infolgedessen eintretendem Verlust des Fideikommißrechts handeln, soll nun die Möglichkeit ins Auge gefaßt werden, ob die Zugehörigkeit zur Familie vereinbar ist mit dem Nichtbesitz des Fideikommißrechts.

Da findet sich zunächst im gemeinen Recht der Satz, daß Ehrlose zur Fideikommißnachfolge unfähig sind[2]). Knipschildt beginnt — VIII, 441 —: „Infames quoque non admitti ad haec fideicommissa inde concluditur, quod haec fideicommissa eo fine constituuntur, quo familiae nobiles et illustres in maiori dignitate honore et splendore rectius conserventur", und zählt in der Folge eine große Zahl von Verbrechen auf, die vom Fideikommiß ausschließen[3]), und entsprechend den Ehrbegriffen des deutschen Mittelalters erstreckt er dies auch auf solche, die ein anrüchiges Gewerbe treiben

das Fideikommißrecht erschüttert wird, die Familienstellung aber bleibt, oder ob erst infolge des Verlustes der Familienstellung das Fideikommißrecht mittelbar betroffen wird. Das zweite ist richtig!

1) So im bayrischen Recht. Vergl. Roth, Bayr. Civilrecht 2, 582.

2) Für das geltende gemeine Recht nimmt Gierke, H.W.B. 888, die Unfähigkeit des Ehrlosen nur an, wenn es vom Stifter angeordnet ist. Auf der Grundlage der älteren gemeinrechtlichen Lehre, die noch an Knipschildt festhält, entscheidet die Theorie meist anders.

3) Dabei geht er viel weiter, als ihm die Praxis wohl je gefolgt sein wird! So, wenn er unter anderem auch die ausschließt, „qui non credunt esse Deum, resurrectionem et animarum immortalitatem negant".

oder „sich aus dem Stegreif nehreten" (VIII, 468). Und an anderer Stelle — XVI, 83 u. 84 — nennt er als Verlustgrund, durch den das Gut an den nächsten Successor, nicht an den Fiskus [1]), fällt, die ademtio bonorum in poenam seu indigno facta. Ebenso erklärt Kreittmayr — III, c. X, X, n. 1 — nach den Worten des bayrischen Landrechts für ausgeschlossen „alle ehrlosen Leute ohne Unterschied inter infamiam iuris et facti". Salza (S. 76) hebt hervor, daß solche Personen in ein Fideikommiß nicht succedieren können, obwohl im übrigen ihre Erwerbsfähigkeit unberührt bleibt. Das hat auch Lewis betont [2]).

Hier ist doch offenbar überall von einem Verlust des Fideikommißrechts bezw. des Anwartschaftsrechts die Rede, ohne daß die Agnatenstellung irgendwie berührt wird. Da aber die Schriftsteller, die nur den Tod eines Besitzers als Successionsfall anerkennen wollen [3]), auch in diesen Fällen, wie sie es bei der durch Veräußerung herbeigeführten Verwirkung tun (s. o. § 5), womöglich keinen Rechtsverlust, sondern nur die Verwirkung quoad exercitium sehen wollen, so sollen auch sie noch nicht als endgültige Beweise genommen werden [4]).

---

1) Dazu vergl. XVI, 306 ff., wo Fälle genannt sind, in denen im Gegensatz hierzu das Gut an den Fiskus kommt.

2) Lewis 339. In den Lehrbüchern des Privatrechts ist dieser Fall meist nicht erwähnt, nur bei Stobbe 5 (1. u. 2. Aufl.), 369: „wenn der Besitzer die bürgerlichen Ehrenrechte verliert, fällt das Gut an den nächsten Berechtigten." — Dies gilt nicht für das preußische Recht, s. Dernburg, Preuß. Privatr. 383.

3) Wie Rosin, Pfaff-Hofmann. — Wirklich durchgeführt ist diese Auffassung von Polenske, 50. — Davon später.

4) Für uns sind sie allerdings schon beweisend. Das bayr. Fid.-Edikt § 79 bestimmt: „Tritt bei dem zur Nachfolge Berufenen der Verlust dieser Fähigkeit noch vor Eröffnung der Nachfolge ein, so hat er kein Recht zum Antritt derselben. — Ereignet sich der Verlust nach erfolgtem Antritt des Fideikommisses, so löset sich das Genußrecht des bisherigen Besitzers auf, und dem nächsten Nachfolger wird die Erbfolge in das Fideikommiß

Aber aus folgenden Gründen dürfte es ganz klar werden, daß Familienangehörigkeit und Fideikommißrecht nicht unlösbar verwachsen sind.

Es ist gar nicht die Agnatenstellung allein, die zum Fideikommiß berechtigt, sondern es muß, wie dies hier schon manchmal angedeutet ist, die Berufung des Stifters hinzukommen. Nur das Familienglied, das der Stifter in den von ihm geschaffenen Verband der Fideikommißberechtigten berufen hat, gehört zu den Anwärtern. Wenn dieser Verband auch nicht juristische Persönlichkeit hat, wenn er auch nur geringe Ansätze zu einer Organisation zeigt, er umfaßt doch zu einer gewissen Einheit den Kreis der berufenen Familienglieder und stellt sich so als Sondergruppe in die Familie hinein. Denn zur Familie, und zwar zur agnatischen Familie gehören außerdem noch auch die nichtberufenen, also etwa die Descendenten von Seitenverwandten des ersten Besitzers, sofern nicht der Wille des Stifters sie benannt hat. Es ist sogar möglich, daß der nähere Agnat des Besitzers kein Fideikommißrecht hat, während der dem Grade nach weitere ein Anwärter ist[1]. Auch steht es dem Stifter stets frei, nähere Linien auszuschließen und weitere heranzuziehen.

Nur ein Agnat ist Anwärter[2]; aber nicht jeder Agnat muß Anwärter sein. Das Fideikommißrecht ist also zwar ein

eröffnet . . . . ." — Obwohl das Gesetz hier dem Besitzer nur das „Genußrecht" nimmt, wird doch die „Erbfolge" eröffnet. Das heißt doch, daß der bisherige völlig ausscheidet; es tritt Succession ein, wie bei seinem Tode!

1) Der Stifter errichtet z. B. ein Fideikommiß für die Linie seines ersten Sohnes und beruft als Anwärter die Linie seines dritten Sohnes. Dann ist auch des letzteren entfernte Descendenz berechtigt, während der näher verwandte zweite Sohn nicht einmal Anwärter nach ihr ist. Also: Berufung geht vor Agnation.

2) Abgesehen von den Ausnahmen, in denen die kognatische Verwandtschaft oder überhaupt eine andere Familie subsidiär berufen ist.

aus der Familienstellung entsprungenes, keineswegs aber ein begrifflich von ihr unzertrennliches Recht.

Nach den oben angegebenen Regeln ist daher ein Verzicht auf dieses Recht zulässig. Mit Zerstörung seines Grundrechts vernichtet der Besitzer auch die aus jenem folgenden Nutzungsrechte. Ein „Verzicht" auf das Fideikommiß ist also gestattet[1]).

2. Natur des Verzichts.

§ 7.

Die Untersuchung des Rechts des Fideikommißbesitzers hat gelehrt, daß es ihm erlaubt sein muß, auf sein Recht zu verzichten mit der Wirkung, daß es fortan überhaupt nicht mehr besteht. Eine weitere Frage ist es, ob er durch einen einseitigen Akt dies Ziel zu erreichen vermag, oder ob es dazu eines Vertrages bedarf. Der Begriff des Verzichts ließe das eine wie das andere zu[2]). So verzichtet der Eigentümer eines Grundstückes durch einseitigen Löschungsantrag an das Grundbuchamt, während z. B. zu einem Verzicht auf ein Forderungsrecht regelmäßig ein Vertrag des Gläubigers mit dem Schuldner erfordert wird.

Zur Beantwortung muß man immer wieder von dem Gedanken ausgehen, daß das Recht des Besitzers ein höchstpersönliches, ihm allein zustehendes ist, das er nie auf einen anderen übertragen kann. Auch durch Succession geht nicht das Recht des Vorbesitzers über, sondern mit dessen Untergang entsteht ein neues, allerdings gleichartiges Recht des Nach-

---

1) Dies Resultat findet darin eine Bestätigung, daß Rosin (S. 360) die Anwartschaft selbst schon als ein „vermögenswertes Gut" bezeichnet, was bei geteiltem Eigentum übrigens schon im Namen liegt.

2) So auch für das geltende Reichsrecht Cohn bei Gruchot, Beiträge 47, 287.

folgers als Erfüllung und Erweiterung des Anwartschafts-rechts, das ihm bis dahin zustand. Wenn das Fideikommiß-eigentum so völlig unabhängig von allen Anwärtern, allein als auf dem Willen des Stifters beruhend angesehen wird, so kann der Verzicht sich seine Kraft nicht aus der Annahme eines Anwärters holen. Nur mit dem Stifter wäre ein Vertrag denkbar, aber auch nur bis zur Vollendung der Gründung; nach beendeter Errichtung hat der Stifter so wenig Einfluß auf Nachfolge und Rechte der Anwärter wie irgend jemand. Wenn aber der Stifter nicht mehr lebt, so ist erst recht nicht einzusehen, mit wem ein Vertrag geschlossen werden sollte. Etwa mit allen Anwärtern? Oder nur mit dem Successor? Aber ob die ja oder nein sagen, muß für den Besitzer ganz gleich-gültig sein, da ihr Wille auf das Recht, auf das er verzichtet, gar keinen Einfluß hat. Und der nächste Anwärter, der da-durch zum Eigentümer wird, erhält auch kein Geschenk von dem Verzichtenden, da nicht dessen Recht auf ihn übergeht, sondern ein neues kraft pactum et providentia maiorum für ihn erwächst. Deshalb kann hier nie von einem Ver-zicht zu Gunsten eines anderen die Rede sein. Tat-sächlich fallen allerdings die Vorteile des Fideikommisses nun einem anderen zu, aber nicht, weil der Verzichtende ihn be-günstigen will, sondern weil er nach der Anordnung des Stifters berufen ist. Ein anderer als der nächste Anwärter könnte gar nicht „begünstigt" werden. „Bei dem sog. Verzicht zu Gunsten eines Dritten ist daher die Nennung des Begünstigten nur eine entweder unwirksame oder überflüssige Angabe des Beweg-grundes" (Gierke, Deutsches Privatrecht 1, 285).

Der Fideikommißverzicht ist also nicht nur „zweckmäßig" [1]) ein einseitiges Rechsgeschäft, sondern begrifflich. Wenn trotzdem

1) So sagt M. Wolff 95.

einige Partikulargesetze abweichende Bestimmungen treffen, für den Verzicht des Anwärters Vertrag mit dem Besitzer, für den Verzicht des Besitzers Vertrag mit dem nächsten Anwärter verlangen, so ist das ein Verstoß gegen den Gedanken der successio ex pacto et providentia maiorum, wie er in den modernen Fideikommißgesetzen häufig zu finden ist[1]). Dies ist einer der Punkte, wo das Bürgerliche Gesetzbuch zu stark eingewirkt hat, wo das Beginnen, einem Sonderinstitut die vom allgemeinen bürgerlichen Recht abweichenden Seiten abzuschleifen, dazu geführt hat, dieses in seinem Kerne zu verletzen (s. o. § 1).

Für die Form des Verzichts kommt in Betracht, daß er genügend an die Oeffentlichkeit treten muß, und daß Zweifel über seinen Inhalt möglichst vermieden werden sollen. Nach Knipschildt wird für das gemeine Recht zu gelten haben: „renunciatio fiat inspectis et cognitis testamenti verbis". Für das preußische Recht, das den Gedanken der Fideikommißbehörde in Erkenntnis der öffentlichen Bedeutung des Instituts weiter ausgebildet hat, wird man, obwohl der Fall im ALR. nicht vorgesehen ist, eine Erklärung an die Behörde fordern müssen[2]). Dasselbe gilt für Bayern und Hessen. Das neue sächsische Gesetz bestimmt ausdrücklich, ebenso wie der preußische „Entwurf", daß der Verzicht durch Erklärung gegen-

1) So in Mecklenburg: A.V. z. BGB. Schwerin §§ 138, 137 (Strelitz 135, 134). Dort wird auch ausdrücklich auf den Erbverzicht des BGB. verwiesen. — Ebenso fordert Dorner, a. a. O. 401, für Baden einen Vertrag in Anlehnung an §§ 312 Abs. 2 u. 2346 BGB. — Indes handelt es sich auch beim Verzicht auf das Anwartschaftsrecht weder um ein Rechtsgeschäft über den Nachlaß eines lebenden Dritten, noch um einen Erbverzicht.

2) Nach ALR. war es „der Richter". Das Ges. v. 5. März 1855 bestimmte die Appellationsgerichte; jetzt die Oberlandesgerichte. — Näheres bei Foerster, Grundbuchrecht 282.

über der Anwartschaftsbehörde zu erfolgen habe (sächs. Gesetz § 72/73; Entwurf § 114). Oeffentlich beglaubigte bezw. gerichtliche oder notarielle Form werden gefordert.

Das Recht zum Verzicht gibt mithin dem Fideikommißbesitzer die Macht, durch einseitiges Rechtsgeschäft eine konkrete Rechtsbeziehung zu vernichten. Es ist also ein „Gestaltungsrecht" [1]). Wenn wir der von Seckel gegebenen Einteilung dieser Rechte folgen, so haben wir es unter die Gruppe der „nachteiligen Eingriffsrechte" zu stellen, „deren die eigene Berechtigung opfernde Ausübung nur zu Ungunsten der eigenen, zu Gunsten der fremden Rechtssphäre wirkt" [2]).

Ein einseitiger Willensakt gibt dem Verzicht die Wirksamkeit, nnd das gilt ganz gleichmäßig, ob der Verzicht erklärt wird als Ausschlagung bei der Berufung oder als Aufgabe des bereits ausgeübten Besitzes. Wenn Pfaff-Hofmann [3]) jenes als „eine Art Ausschlagung (recusatio)", dieses als „eine Art Dereliktion" bezeichnen, so mag das äußerlich insofern zutreffen, als eine rein äußerliche Aehnlichkeit der Fideikommißfolge und der Erbfolge besteht. Für die juristische Konstruktion sagen diese Worte gar nichts. Juristisch gefaßt ist Ausschlagung und Aufgabe des Fideikommißbesitzes genau derselbe Vorgang. Daher wird z. B. bei der Ausschlagung der angefallenen Herrschaft nicht wie im Erbrecht angenommen, daß der Anfall nicht erfolgt sei, sondern der Ausschlagende ist die Zeit vom Eintritt der Succession bis zur Perfektion des Verzichts Fideikommißbesitzer gewesen. Wie die neuesten Ge-

1) Nach Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, in der Festgabe der juristischen Gesellschaft für Koch, 210.

2) Seckel, a. a. O. 214.

3) Exkurse 2, 239. — Genau ebenso ist der Verzicht auf das Anwartschaftsrecht, den Pfaff-Hofmann als „nichts" bezeichnen, ein einseitiger Akt derselben Natur.

setze auch hier durch Heranziehung des BGB. § 1942 Verwirrung geschaffen haben, hat Polenske S. 56 dargelegt. Daß es hier anders sein kann, wie im übrigen bürgerlichen Recht, rechtfertigt sich auch praktisch dadurch, daß der Fideikommißbesitz nur die Steigerung des Anwartschaftsrechts ist, auf das man vorher schon einseitig verzichten kann, während der Erbe vor dem Anfall auf sein Erbrecht nicht zu verzichten vermag ohne vertragsmäßige Zustimmung des Erblassers.

Die Erkenntnis, daß der Rechtsverzicht einseitig sein muß, gibt nun einen Anhalt zum Verständnis derer, die die Möglichkeit eines solchen überhaupt leugnen. Denn vor allem Pfaff-Hofmann finden ihre Gleichung: „Verzicht = Uebertragung der Ausübung des Nutzeigentums" für den vertragsmäßigen Verzicht, und die Anwendung auf den einseitigen Verzicht macht einen gezwungenen Eindruck. Immer wieder heben sie hervor, daß ein einseitiger Verzicht ein sehr seltener, ganz unpraktischer Fall sei, der kaum je sich ereignen dürfte. Nun soll die Seltenheit gar nicht in Frage gestellt werden, aber beim Lesen der Pfaff-Hofmannschen Ausführungen drängt sich die Empfindung auf, als ob diese wiederholte Betonung der Seltenheit Bedenken beschwichtigen soll, die bei der gleichen Behandlung mit dem Verzichtsvertrag auftauchten. Ebenso hat Rosin zunächst den Vertrag im Auge; denn er zieht die Analogie mit der von ihm hauptsächlich behandelten Veräußerung. — Uns kam es aber darauf an, ob solch „wahrer" Verzicht, der eben hier einseitig sein muß, überhaupt möglich ist. Für alle die Fälle, in denen der Wille des Verzichtenden gar nicht auf völlige Aufgabe seines Rechts am Fideikommiß gerichtet ist, behalten die Untersuchungen von Pfaff-Hofmann, unterstützt von denen Rosins, ihre Richtigkeit, wie sich später zeigen wird, ohne an den hier gefundenen Resultaten etwas zu ändern.

3. Die Wirkungen des Verzichts.

§ 8. Eintritt der Succession.

Aus dem Ergebnis, daß die Rechtsordnung dem Willen des Verzichtenden, sein Recht am Fideikommiß restlos aufzugeben, zum Erfolge verhilft, sind nun die Wirkungen des Verzichts festzustellen.

Mit Perfektion der Verzichtserklärung ist jedes Recht des bisherigen Besitzers am Gute erloschen. Aus der Konstruktion des Verzichts als eines Verzichts auf den dem Eigentum übergeordneten Bestandteil des Fideikommißrechts bezw. auf den Anteil am Obereigentum folgt, daß der Verzichtende völlig aus dem Fideikommißverbande ausscheidet. Er tritt nicht etwa in die Anwärterstellung zurück, die er vor Erlangung des Besitzes hatte[1]). Denn das wäre unvereinbar mit der successio ex pacto.

Vielmehr zählt er in Zukunft nicht mehr unter die Berechtigten, als wenn er im Augenblick des Verzichts gestorben wäre. Und mit dem Untergange seines Besitzrechts erlöschen auch alle jene Rechte, die der Besitz des Fideikommisses mit sich bringt; Dorner betont dies für das badische Recht; es gilt ebenso für alle übrigen Rechte. Er sagt (S. 400): „Wenn auch mit dem Besitze des Stammguts politische Rechte (namentlich das Recht der Mitgliedschaft in der Ersten Kammer)

1) Ein solcher Verlust des Besitzrechts, bei dem das Anwartschaftsrecht wieder auflebt, wenngleich es nicht ausgeübt werden kann, findet sich — abgesehen von den Rechten, die einen Verzicht auf den Vorrang zulassen, von denen unten besonders die Rede sein wird — im preuß. „Entwurf" beim Verlust der Anwartschaftsfähigkeit. Dies entspricht nicht den Regeln des Entwurfs beim Verzicht. Gerade ein solcher Verlust allein des Besitzrechts mit Beibehaltung der Anwärterstellung ist ein Eingriff in die successio ex pacto et prov. mai., an der der Entwurf sonst festhält. — Die Gründe, die die „Begründung", S. 153, dafür anführt, sind hinfällig; darüber s. M. Wolff 96—97.

verbunden sein können, die ihrerseits der Privatdisposition nicht unterliegen, so sind doch Gegenstand des Verzichts nicht diese Rechte, sondern die Ansprüche an das Stammgut, deren Aufgabe nur mittelbar den Verlust jener zur Folge hat, und die Ansprüche an das Stammgut sind als privatrechtliche [1]) verzichtbar."

Wie beim regelmäßigen, durch Tod herbeigeführten Successionsfall tritt der zur Zeit des Verzichts nächstberechtigte Anwärter als Fideikommißeigentümer ein. Hierin stimmen die ältesten Schriftsteller des Fideikommißrechts mit den neuesten partikularrechtlichen Kodifikationen überein [2]). Der Ansicht von Pfaff-Hofmann, daß erst mit dem Tode des Verzichtenden der eigentliche Eigentümerwechsel einträte, hat sich kein Gesetz anzuschließen vermocht.

Mit dem Verzicht wird daher das Grundbuch unrichtig. Der Nachfolger hat seine Berichtigung zu fordern, in Preußen auf Grund einer Bescheinigung der Fideikommißbehörde [3]).

Die Stellung des Verzichtenden ist jetzt völlig der des Allodialerben gegenüber dem Fideikommißfolger gleich [4]); Fideikommiß und Allod sondern sich wie bei der Auseinandersetzung im Successionsfalle, der durch den Tod des Besitzers herbeige-

1) Die Tatsache, daß sie privatrechtliche sind, bedingt aber nicht, wie Dorner hier anzunehmen scheint, ihre Verzichtbarkeit; s. o. § 4.

2) Ueber die älteste Literatur vergl. oben § 2. Gesetze: Mecklenburg § 139 (136), Sachsen § 76. — Trotzdem ist diesen Gesetzen nicht beizustimmen, weil sie nicht nur in dem besprochenen Fall des Rechtsverzichts, sondern auch bei einem Verzicht, der gar nicht auf dies Ziel gerichtet war, eine Fideikommißerledigung statuieren. Davon unten. — Völlig richtig nur für den „wahren" Verzicht der preuß. „Entwurf" § 142.

3) AG. zur GBO. v. 26. Sept. 1899, Art. 16. — Aehnlich in den anderen Staaten.

4) Die Anwendung der dort geltenden Regeln ist nicht immer nur eine „analoge". In Sachsen heißt es z. B. ausdrücklich (§ 81): „Die Auseinandersetzung zwischen dem Anwartschaftsbesitzer und dem Nachfolger . ."

führt ist. Die Einzelheiten bedürfen hier keiner Erörterung, da sie oft und gründlich untersucht worden sind [1]).

Mehr zu sagen ist über die Wirkungen, die der Verzicht nicht hat, die ihm aber von seinen Gegnern zugeschrieben werden und dazu benutzt sind, um ihm die Existenzberechtigung abzusprechen.

§ 9. Wirkung auf die Successionsordnung.

Einmal hat der Verzicht nicht die Wirkung, daß er die **successio ex pacto et providentia maiorum** beeinträchtigt. Das wird von Pfaff-Hofmann (Kommentar 2, 235) und jetzt von Stahl (Denkschrift 56) und Polenske (S. 48 ff.) behauptet, indem sie meinen, daß die stifterische Successionsordnung darauf gerichtet sei, daß der zur Zeit des Todes des Berechtigten nächststehende Anwärter herankäme. Damit macht man aber die Successionsordnung da zur Herrscherin, wo sie Dienerin sein sollte. Sie soll, wie oben schon näher ausgeführt, nach dem Willen des Stifters im Erledigungsfall dem Gut den Weg zeigen, auf dem es einen neuen Herrn erhält, damit es dem **splendor familiae** weiter dienen kann. Wenn ein Erledigungsfall nun auch durch Verzicht eintreten kann, so liegt kein Grund vor, daß sie nicht auch hier ihre Aufgabe erfüllen und den dann Nächstberechtigten weisen soll. Dem Stifter liegt nichts daran, daß nach Jahrhunderten diese oder jene Person das Fideikommiß hat; — seine **providentia** reicht nicht einmal soweit, um bei der Errichtung die Lage nach dem Tode des ersten Besitzers zu übersehen; — ihm liegt nur

1) Im allgemeinen gelten lehnrechtliche Grundsätze: Lewis § 23 S. 410 ff. c. c.; Gierke, H.W.B. 889 N. 10. — Für das preuß. Recht ausführlich die Lehrbücher des preuß. Privatrechts von Dernburg und Förster-Eccius. — Viele einzelne Bestimmungen in den Partikulargesetzen.

daran, daß stets nur ein einzelner von den berufenen Familiengliedern Fideikommißbesitzer ist, und um den Streit über die Person dieses Einen zu vermeiden, setzt er die Successionsordnung [1]).

Für den Vorrang des Zwecks des ganzen Instituts vor der Successionsordnung sei hier noch einmal an die einzige Stelle erinnert, in der im ALR. ein Verzicht liegt — II, 4, § 178. — Wenn ein Fideikommißbesitzer ein weiteres Fideikommiß nach dessen Successionsordnung haben soll, so kann er es nehmen und dafür sein jetziges abgeben. Ob er nun das alte oder neue vorzieht, jedesmal wird das eine oder das andere in andere Bahnen gelenkt, als es eventuell kommen würde, wenn es sich nach dem Tode des jeweilig von der Successionsordnung bestimmten richten müßte. Denn dem ALR. war klar, daß diese nur Mittel sein soll, das dem Zwecke nicht hinderlich sein darf. Ihr Inhalt ist also nicht, beim Tode des Besitzers — das ist nur der regelmäßige Fall — sondern bei jeder Erledigung des Fideikommisses den Berechtigten zu benennen. Und weist man der Successionsordnung diese Aufgabe zu, so wird sie durch den Verzicht, der eben wie der Tod eine Erledigung herbeiführt, in keiner Weise verwirrt.

Wenn das preußische ALR. auch in II, 4, §§ 203, 206 nur den Tod als Zeitpunkt der Nachfolge nennt, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß der Verzicht dem Tode gleich steht. Ebensowenig, wie durch diese Paragraphen etwa dem Stifter das Recht genommen ist, den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte als Erledigungsfall festzusetzen [2]).

---

1) Es handelt sich hier nur um Individualsuccession. Wenn diese nicht vorgeschrieben ist, kann eine Störung der successio ex pacto et prov. mai. durch den Verzicht überhaupt nicht in Frage kommen.

2) Der Zweck der §§ 203, 206 ist auch nicht, die Erledigungsfälle

§ 10. Wirkung auf die Descendenten.

Einer der bestrittensten Punkte der Verzichtslehre ist die Wirkung des Verzichts auf die Descendenten.

Für das klassische Fideikommißrecht darf allerdings kein Zweifel sein. Pactum et providentia maiorum sind Urheber des Rechts jedes Anwärters, und jedem Eingriff seitens anderer ist es entzogen (s. o. § 5). Daher ist ein Hauptsatz im gemeinen Recht: „der Verzicht des Vaters darf den Söhnen nie schaden“. Die Wissenschaft hat seit Knipschildt[1]) immer daran festgehalten mit der zutreffenden Begründung, daß niemand über fremde Rechte verfügen dürfe. Denn sein Recht steht dem Descendenten ganz unabhängig von seinem Vater zu, weil er berufener agnatischer Nachkomme des ersten Erwerbers ist. Eine ununterbrochene Reihe berechtigter Anwärter ist nicht nötig[2]). Die „Begründung“ des preußischen „Entwurfs“ begeht einen Fehler, wenn sie gelegentlich der Trennung von Anwartschaftsrecht und Anwartschaftsfähigkeit behauptet (S. 153), daß durch Entziehung des Rechts die Abkömmlinge betroffen würden, „da diese ihr Anwartschaftsrecht zwar selbständig von dem Stifter ableiten, aber doch nur vermöge der Vermittelung durch die Abstammung von einer zur fideikommiß-

---

aufzuführen; § 208 bestimmt, daß sich die Berufung nach der Nähe zum letzten Besitzer, nicht zum Stifter, richtet; siehe Koch, ALR. Anm. zu § 208. — § 206 spricht lediglich aus, daß der Folger sein Recht ipso iure erwirbt. — Beide Paragraphen gelten ebenso, wenn der Erledigungsfall durch andere Umstände als durch Tod herbeigeführt ist.

1) Knipschildt XVI, 132; ferner XI, 399: „Sed renunciatio valet tantum in praeiudicium renunciantis, non vero sequentium, cum nemo alieno iuri renunciare possit.“ — Kreittmayr, III, c. X, § XXII, n. 1; Salza 180; Lewis 454; Pfaff-Hofmann, Exk. 2, 236 N. VI; Gierke, H.W.B. 889 N. 11; preuß. „Begründung“ 158; Gspan 215. — Auch Dorner 401 erklärt es für „grundsätzlich“ richtig. — Uebereinstimmend die Systeme und Lehrbücher des deutschen Privatrechts.

2) Falsch: Roth, Bayr. Civilrecht 2, 577.

berechtigten Familie gehörenden Person, so daß sie mit Wegfall dieses Mittelgliedes auch ihr Recht verlieren müßten". Dies entspricht auch nicht der Anschauung des „Entwurfs" beim Verzicht; dort läßt er das Recht erlöschen, und doch behalten die Descendenten, auch die nach Verzicht geborenen, ihr Recht (§ 114 Abs. 3). Hierin folgt der „Entwurf" lediglich dem gemeinen Recht und manchen Partikulargesetzen. In Bayern[1]) und Oesterreich[2]) ist es ausdrücklich gesagt, daß der Verzicht nicht über die Person des Verzichtenden zu erstrecken ist. Im preußischen Recht muß dasselbe gelten, weil das ALR. an dem Gedanken der successio ex pacto völlig festgehalten hat.

Andere Partikularrechte weichen hingegen ab. So kann nach § 27 des hessischen Gesetzes vom 13. Sept. 1858 jeder Nachfolger „für sich und seine noch nicht erzeugten Nachkommen Verzicht leisten"[3]). Genauer sagt das sächsische Gesetz von 1900 „für die noch nicht erzeugten Kinder und deren Abkömmlinge". Die mecklenburgischen Rechte lassen sogar den Verzicht auch mit Wirkung auf die bereits lebenden Abkömmlinge zu (Schwerin § 138 Abs. 2, Strelitz § 135 Abs. 2). Die zuletzt genannten Rechte verlangen aber für diese Erklärung, daß sie ausdrücklich geschieht, und daß die landesherrliche Genehmigung hinzutritt. Alle diese Landesrechte verstoßen damit gegen die successio ex pacto et providentia maiorum und entfernen sich so von dem großzügigen, starren, gemeinrechtlichen Fideikommiß. Die Ursachen liegen nur zum Teil in

1) Fid.-Edikt, § 88: „Ein Mitglied der . . Familie kann zwar für sich, jedoch keineswegs für seine, wenngleich noch nicht geborene Nachkommenschaft auf das Recht zur Nachfolge Verzicht leisten."

2) Oesterr. BGB. § 632.

3) Gemeint ist wohl „für die noch nicht erzeugten Kinder und deren Nachkommen" wie sich das sächsische Gesetz ausdrückt. Denn es wäre sehr ungerecht, wenn er für die Nachkommen seiner bereits berechtigten Söhne verzichten könnte, für diese selbst aber nicht.

dem gemeinen Gewohnheitsrecht, das beim hochadligen Hausgut eine Erstreckung des Verzichts auf die Descendenten zuließ[1]; größeren Einfluß mag auch hier das Bestreben gehabt haben, die Sonderbildungen des Fideikommißrechts zu Gunsten des übrigen bürgerlichen Rechts zu verkümmern. Auch hier spielt der Erbverzicht hinein!

Indessen sind für das gemeine Recht die Zweifel über die Wirkungen des Verzichts auf die Descendenten nicht behoben, wenn festgestellt ist, daß der Verzicht ihnen ihr Anwartschaftsrecht nicht nehmen kann. Wir kommen vielmehr nun erst zu dem kritischen Punkt der ganzen Verzichtslehre. Wenn nämlich z. B. bei einer Primogenitur der kinderlose Besitzer verzichtet, und infolgedessen sein jüngerer Bruder das Fideikommiß erhält, so entsteht die Frage nach der Stellung eines später geborenen Sohnes des Verzichtenden.

Pfaff-Hofmann (Kommentar 335 N. III) sagen: „Der Verzicht darf keinem, auch noch so entfernten gegenwärtigen oder künftigen Anwärter schaden", und sie ziehen aus diesem Leitsatz, dessen Richtigkeit wir anerkannt haben, die Folgerung: „Dies kann aber nur dadurch gesichert werden, daß der Verzichtende für die Frage der Reihenfolge der Succession so betrachtet wird, als ob er nicht verzichtet hätte; eine wahre Vakatur tritt erst mit seinem Tode, nicht mit dem Verzichte ein." Rosin (S. 409—410) der für den Veräußerungsfall gefunden hatte, daß der mit der Revokationsklage sich den

1) Wer aus der genossenschaftlichen Familie des hohen Adels ausscheidet, verliert damit die Mitgliedschaft; und das muß für seine danach geborenen Kinder von Wirksamkeit sein, weil diese nun nicht als Familienmitglieder geboren werden. Auf die vor Verzicht geborenen (erzeugten) Kinder kann sich dieser nie erstrecken. Sie sind Mitglieder der Familiengenossenschaft. — Auf das Familienfideikommiß ohne eine zur Genossenschaft ausgebildete Familie läßt sich das aber nicht übertragen.

Besitz verschaffende Anwärter beim Tode des Veräußernden einem dann näheren weichen müßte, überträgt dieses Resultat auf den Verzicht. Er nimmt daher ebenfalls den Tod des Verzichtenden erst als Erledigungsfall an. Es war hier aber entgegen Rosin angenommen, daß der revozierende Anwärter sich das Fideikommiß zu Eigentum erstreitet, daß also auch durch die Veräußerung ein Successionsfall herbeigeführt wird. Ebenso geht beim Verzicht, wie oben nachgewiesen ist, das zum Fideikommiß berechtigende Grundrecht des Besitzers unter, und in dem Augenblick tritt der dann Nächste kraft eigenen Rechts ein.

Wir finden demnach[1]: 1) der Verzicht erstreckt sich nicht auf die Nachkommen, und trotzdem 2): der nach Verzicht geborene Sohn kommt nicht in dem Zeitpunkt zur Succession, in dem er dahin gelangen würde, wenn sein Vater nicht verzichtet hätte; in all den Fällen, in denen die jüngere Linie blüht, ist ihm die Nachfolge überhaupt versagt. Es geht doch nicht an, zu behaupten, daß hier der Verzicht dem Sohne „nicht geschadet" habe! Da aber beide Sätze konsequent entwickelt sind, so müssen sie sich doch vereinigen lassen.

Es ist dazu notwendig, die Rechtslage des Sohnes, wenn der Vater nicht verzichtet hat, zu vergleichen mit der, wenn der Vater vor seiner Erzeugung verzichtet hat. — In dem ersten Fall würde der Sohn ein Anwartschaftsrecht mit seiner Geburt erwerben, und zwar als ein gegenwärtiges dingliches Recht des Inhalts, über die innere Gebundenheit des Gutes zu wachen und im Berufungsfall, d. h. wenn er bei einer Vakatur der dem Vorbesitzer Zunächststehende wäre, zu suc-

---

1) Das gilt ebenso für das hessische, sächsische, mecklenburgische Recht in den Fällen, in denen der Verzicht nicht auf die Descendenten erstreckt werden soll.

cedieren. Bei geteiltem Eigentum würde er entsprechend einen Anteil am Obereigentum erwerben, der ihm dieselbe Stellung verschafft. — Wenn nun der Vater vor der Erzeugung des Sohnes verzichtet hätte, wäre die Rechtslage des Sohnes in allen diesen Punkten unverändert. Er erwirbt ebenso mit der Geburt ein Anwartschaftsrecht bezw. einen Anteil am Obereigentum, weil er Descendent des ersten Besitzers ist und der Verzicht des Vaters ihm diese Eigenschaft auch nicht nehmen kann. Er erwirbt insbesondere das Recht, wenn er berufen wird, zu succedieren. Allerdings faktisch ist seine Aussicht auf Nachfolge sehr verringert. Ohne den Verzicht wäre er der Nächste, jetzt steht er weit zurück hinter der Linie seines Vatersbruders. Er und die von ihm abstammende Linie hat erst dann Anspruch auf Nachfolge, wenn von der ganzen Linie des augenblicklichen Besitzers niemand mehr vorhanden ist; denn bei jedem Erledigungsfall richtet sich die Succession nach der Nähe zum Vorbesitzer [1]).

Aber trotzdem hat ihm der Verzicht von seinem Rechte nichts genommen; seine Rechtsstellung ist unberührt. Nur wird es sich nicht gerade empfehlen, zu sagen, der Verzicht habe ihm „nicht geschadet", ein Ausdruck, den die Gesetze übrigens auch nie anwenden [2]). Es sei noch einmal auf die oben (§ 5 II A 1)

1) Ueber einzelne Fälle vergl. noch M. Wolff 107/108. — Die Beispiele Wolffs gelten auch hier, da der preuß. „Entwurf" den Verzicht ebenso als Successionsfall auffaßt. — v. Koeller, Kreuzztg. Nr. 380 vom 15. Aug. 1903, wünscht für den Entwurf eine andere Regelung, weil er das Zurücktreten der Descendenten für unbillig hält. Er denkt zu sehr an das „Successionsrecht", nicht an das Anwartschaftsrecht, das doch das primäre ist und das nicht „geschädigt" wird.

2) Oesterreich. BGB. § 632: „Der Fideikommißbesitzer kann zwar für sich, jedoch keineswegs für die wenngleich, noch nicht vorhandene Nachkommenschaft auf sein Recht Verzicht tun." Aehnlich bayr. Fid.-Edikt § 88. — Ihr Recht behalten die Nachkommen, aber freilich materiell werden sie geschädigt!

zitierten Worte Rosins hingewiesen, nach denen das Anwartschaftsrecht seinem abstrakten Inhalte nach jedem Anwärter gleich zusteht, und nur bei der konkreten Verwirklichung eines dem anderen an Stärke vorgeht. Es ist gerade das Wesen des Fideikommisses, daß durch den Besitz und Genuß des einen die übrigen Familienglieder nicht enterbt sein sollen, sondern daß sie in hohem Familiensinn den durch das Institut gewährleisteten splendor familiae auch als etwas ihnen selbst Dienliches empfinden, wenn sie auch keine materiellen Vorteile davon haben. Es soll keine Ungerechtigkeit sein, daß der eine allen Genuß, die anderen nur Anwartschaftsrechte haben, sondern, indem der Besitzer außer den Vorteilen auch die Pflichten als Repräsentant der Familie übernimmt, sollen die übrigen als Glieder der repräsentierten Familie deren Glanz als ihren Vorteil erkennen.

Nach dem Gesagten leuchtet ein, daß ein Unterschied nicht besteht zwischen einem Descendenten, der Allodialerbe des Verzichtenden geworden ist, und einem anderen [1]). Denn ob er Erbe wird oder nicht, sein Anwartschaftsrecht hat er in beiden Fällen, und

---

1) Lewis (S. 455) macht diesen Unterschied zunächst nur für den Fall eines Verzichts zu Gunsten eines anderen Anwärters, den er einer Veräußerung gleichstellt. Das gehört nicht zu dem hier behandelten Rechtsverzicht. — Auch Stahl (S. 56) macht denselben Unterschied. — Wenn nun aber „schlechtweg" verzichtet ist, so müßte es nach Lewis gleich sein, ob der Descendent Allodialerbe ist oder nicht. Denn er sagt selbst, daß solch Verzicht wie der Tod wirkt und die Succession eintritt, „wobei natürlich die etwaige künftige Erbenqualität dieser Personen dem Verzichtenden gegenüber gar nicht in Betracht kommt". Die Unvereinbarkeit dieses Satzes mit dem folgenden, nach dem die, die Nichterben des Verzichtenden geworden sind, nach dessen Tode ihr Recht geltend machen können, als wenn der Verzichtende bis zu seinem Tode im Besitze geblieben wäre, ist schon hervorgehoben (s. o. § 2). — Pfaff-Hofmann, Exkurse 2, 237 Anm. 8, halten daher auch den letzten Satz bei Lewis für eine nachträgliche Einschaltung.

andererseits muß er in beiden Fällen anerkennen, daß der jetzige Besitzer vollberechtigter Fideikommißbesitzer ist, weil er bei dem letzten Successionsfall — eben dem Verzicht — der Nächstberechtigte war.

Dem Grundsatz, daß der Verzicht Rechte künftiger Anwärter nicht verletzen dürfe, steht demnach die Durchführung der Wirkungen eines „wahren" Verzichts nicht entgegen. Nur eine Besonderheit des gemeinen Rechts und derjenigen Partikularrechte, die auf der gemeinrechtlichen Basis stehen, ist hervorzuheben: wenn neben dem Besitzer keine Anwärter vorhanden sind, so würde ein Verzicht des Besitzers zur Folge haben, daß das Gut herrenlos würde und dem betreffenden Aneignungsberechtigten zufiele. Da würden dann allerdings die Rechte später Geborener gar nicht zur Entstehung kommen können. Ein derartiger Verzicht ist hier nicht möglich. Das ist aber kaum eine Ausnahme; denn im gemeinen Recht trägt das Fideikommiß schon in sich die Unveräußerlichkeit; ein solcher Verzicht würde aber einer Veräußerung gleichstehen, da das Gut dadurch aus dem Kreise der Familie gezogen würde. Ebensowenig wie der letzte Besitzer das Gut vor seinem Tode zu Allod erwirbt, kann er darauf verzichten, ehe ein anderer Anwärter vorhanden ist.

Anders muß dies dort sein, wo geteiltes Eigentum gilt, da dann in der Hand des letzten Anwärters sich Unter- und Obereigentum zu Volleigentum vereinigen. Ihm steht daher die Dereliktion zu. Allerdings werden künftige Descendenten dadurch betroffen. Das geschieht ihnen aber hier stets, wenn sich Ober- und Untereigentum zu ihrem Schaden verbünden. Sie müssen ja auch die durch Familienschluß geschehene Aufhebung des Fideikommisses gelten lassen.

III. Der Verzicht des Fideikommißbesitzers auf Besitz, Genuß und Verwaltung zu Gunsten eines Anwärters.

1. Die Absicht des Verzichtenden und die Zulässigkeit ihrer Durchführung.

§ 11.

Bei dem bisher besprochenen Verzichte des Fideikommißbesitzers auf sein Recht, der eigentlich allein den Namen „Verzicht" verdient, weil nur er ein Recht zum Erlöschen bringt, ist der Wille des Besitzers darauf gerichtet, jedes Band zu zerschneiden, das ihn an das Gut fesselt, und sich selbst ganz aus dem Kreise der Berechtigten zu lösen. Wenn er dem untergeordnet noch einen Wunsch hegt, wem das Gut in Zukunft zufallen soll, so kann die Rechtsordnung, indem sie seinen Hauptwillen durchsetzt, diesen nebensächlichen nicht berücksichtigen. Denn ein anderer Wille, der des Stifters, hat für diesen Fall bindend über die weiteren Schicksale des Fideikommisses durch die Successionsordnung entschieden.

Jetzt soll nun von den Fällen gesprochen werden, in denen der verzichtende Fideikommißbesitzer gerade die oben geschilderten Konsequenzen eines „wahren" Verzichts vermeiden will. Er will auch in Zukunft mitbestimmen über das Gut, er will vor allem sein Successionsrecht aufrecht erhalten wissen für den Fall, daß sonst die Gefahr besteht, daß das Fideikommiß in den Händen eines anderen zu Allod wird oder auch nur, daß es in eine entfernte Linie kommt. Häufig beabsichtigt er auch, nicht dem nächsten, sondern einem weiterstehenden Anwärter die Vorteile des Besitzes zuzuwenden, ein Erfolg, den er durch einen Rechtsverzicht nicht erreichen kann, weil dann nach ordentlicher Succession der nächste eintreten muß. Kurz gesagt: der Besitzer will aufhören, Besitzer zu sein, aber Anwärter bleiben, entweder mit einer bestimmten Begünstigungsabsicht oder ohne sie.

Wie verhält sich die Rechtsordnung gegenüber diesem Begehren des Fideikommißbesitzers?

1) Wir fanden in dem Rechte des Eigentümers einen Grundbestandteil, der gleicherweise bereits in dem Anwartschaftsrechte vorhanden war. Die materiellen Nutzungs- und Verwaltungsbefugnisse hatten sich erst dazu gesellt. Wenn es möglich wäre, daß er diese von sich trennte, das Grundrecht aber behielte, bezw. das Untereigentum abgäbe, den Obereigentumsanteil aber bewahrte, so hätte er seinen Zweck erreicht. Wir haben oben aus der Natur des Rechts des Besitzers gefolgert, daß eine solche Trennung nicht möglich ist. Kraft der successio ex pacto et providentia maiorum müssen nächster Anwärter und Fideikommißbesitzer ein und dieselbe Person sein. Daß der einzelne über seinen Rang in der Nähe der successionsberechtigten Anwärter verfügt, ist durch den fortwirkenden Willen des Stifters ausgeschlossen. — Für alle die Rechte, die den Gedanken der successio ex pacto konsequent festhalten, also insbesondere für das gemeine und preußische, aber auch für das österreichische und bayrische Recht, übrigens auch für den preußischen „Entwurf", ist daher dieser Weg, dem Willen des Verzichtenden gerecht zu werden, unzulässig. — Die neuen mecklenburgischen und sächsischen Gesetze hingegen, die mit den alten klassischen Prinzipien des Fideikommißrechts gebrochen haben, kennen die Möglichkeiten eines Verzichts, der lediglich einen Rangtausch einzelner Anwärter bedeutet (darüber s. u. § 14).

2) Es ließe sich auch denken, daß der Besitzer zur Durchführung seines Willens einen Rechtsverzicht erklärte und diesen unter die resolutive Bedingung stellte, daß er als nicht geschehen zu betrachten sein sollte, falls der Begünstigte vor dem Verzichtenden stirbt; ferner, falls beim Tode des Verzichtenden ein näherer Anwärter zwischen ihm und dem Begünstigten

steht. Indessen sprechen gegen eine derartige Konstruktion mehrere Gründe. Zunächst ist zu bedenken, daß ein solcher Verzicht nur dem zur Zeit nächsten Anwärter zu gute kommen kann, da mit Erklärung des Verzichts dessen Recht selbständig entsteht. Der Verzichtende kann also in den Fällen, in denen er einen entfernteren Anwärter begünstigen will, sein Ziel nicht erreichen. — Sodann würde aber durch den Verzicht für den Begünstigten selbst ein bedingtes Recht entstehen. Da er sein Recht direkt vom Stifter, nicht vom Verzichtenden ableitet, geht es nicht an, daß eine Handlung des Vorbesitzers sein Recht durch eine Bedingung verkümmert. — Und endlich ist es überhaupt sehr zweifelhaft, ob nach dem heutigen Immobiliar-, insbesondere dem Grundbuchrecht eine solche Erklärung möglich ist[1]).

Der Weg eines bedingten Rechtsverzichts ist demnach ungangbar.

3) Da der Besitzer nicht im stande ist, seinen Besitz aufzugeben und dennoch Anwärter zu bleiben — abgesehen von der besonders zu besprechenden Regelung der neuen Gesetze Mecklenburgs und Sachsens — da er ferner nicht bedingt verzichten kann, bleibt nur noch eine Möglichkeit, seine Absicht zu erreichen. Er kann nämlich quoad ius Fideikommißbesitzer bleiben, quoad usum aber verzichten. Diese Form des Verzichts wird von denen, die die Zulässigkeit eines wahren rechtszerstörenden Verzichts leugnen, als die einzige angesehen. Da wir das für nicht richtig erkannten, bleibt sie nur für die hier

1) Darüber siehe die bei Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts, 1. Jahrg., Bd. 1, zu BGB. § 928 N. 1 (S. 580) angeführten Schriftsteller: Planck, Biermann, Turnau-Förster bejahen die Zulässigkeit einer Bedingung, Staudinger-Kober, Matthiaß, Kretzschmar verneinen sie. Es scheint, daß auch erstere nur an eine Suspensivbedingung denken; eine resolutive ist mit dem Grundbuchrecht unvereinbar. — Darauf weist auch Stahl, Denkschrift 56 Anm. 3 hin.

in Betracht kommenden Fälle, in denen der Besitzer Besitz, Genuß und Verwaltung aufgeben will zu Gunsten eines anderen Anwärters, sich selbst aber das Recht vorbehält, nach Wegfall dieses Begünstigten oder sonst beim Eintritt gewisser Umstände, etwa wenn ein näherer Agnat noch geboren wird, das Fideikommißeigentum auch quoad usum wieder zu übernehmen. Von diesem „Verzicht auf die Ausübung zu Gunsten eines Anwärters" soll zunächst gehandelt werden.

2. Der Verzicht des Fideikommißbesitzers auf die Ausübung seines Rechts zu Gunsten eines Anwärters.

§ 12. Natur dieses Verzichts.

I. Vertrag.

Wenn der Besitzer auf sein Recht verzichtet, so ist sofort ein Anwärter da, der kraft des Stiftungswillens und der durch ihn gesetzten Successionsordnung berufen ist, als vollberechtigter Fideikommißinhaber an seine Stelle zu treten.

Anders muß es sein bei der Erklärung, auf die Ausübung zu verzichten. Die Rechte der Anwärter bleiben von ihr ganz unberührt, erst mit dem Aufhören des Rechts des Besitzers entsteht für sie eine Aenderung. Allerdings ist häufig im Stiftungsbrief für den nächsten Anwärter ein Sequestrationsrecht geschaffen für den Fall, daß der Besitzer das Fideikommiß verschlechtert, und das kann durch Nichtausübung seiner Rechte vorkommen. Da ist die Berechtigung des Anwärters aber nicht die Folge des Verzichts, sondern der Deterioration. Würde das Fideikommiß, man denke etwa an ein Geldfideikommiß, durch Nichtausübung nicht in seinem Werte gefährdet, so könnte sich kein Anwärter die Ausübung anmaßen. Jedenfalls ist die bloße Erklärung des Besitzers völlig einflußlos. Vielmehr kann die Ausübung nur dem zustehen, dem sie der Besitzer hat zuwenden wollen; es muß also immer ein wirklich „Begünstigter"

da sein. Wenn dieser die Gunst nicht annimmt, steht dem Verzichtenden trotz seiner Erklärung die Ausübung weiter zu. Daraus folgt, daß der Verzicht stets der Vertragsform bedarf. Der Besitzer hat kein Gestaltungsrecht, durch das er sein Ausübungsrecht zerstören kann. Selbst ein vor der Behörde erklärter Verzicht bleibt wirkungslos, solange nicht der Bedachte angenommen hat. „Die Herrschaft wäre vor dieser Acceptation nicht als aufgegeben zu betrachten" (Pfaff-Hofmann, Exkurse 2, 235). Wie der Verzicht auf das Recht begrifflich einseitig sein muß, so ist hier ein Vertrag notwendig. Dort ist die Stellung des nunmehr Berechtigten unabhängig von dem Willen des Verzichtenden, hier leitet sie sich von ihm ab. Das ist auch ganz in der Ordnung; denn niemand braucht sich wider seinen Willen beschenken zu lassen. Und auch der nächste Anwärter, wiewohl er darauf vorbereitet sein muß, im Erledigungsfall durch Tod oder Rechtsverzicht des Besitzers das Fideikommiß zu übernehmen, muß sich nicht darauf einlassen, die Ausübung für den Berechtigten wahrzunehmen und so gewissermaßen als dessen Günstling und Beschenkter wider seinen Willen zu fungieren.

Auch Pfaff-Hofmann nehmen für die meisten Fälle einen Vertrag an; sie meinen aber dann — Exkurse 2, 235 N. III a. E. — daß, wenn der Verzichtende keinen Begünstigten benennt, der jeweils nächststehende Anwärter zur Ausübung berufen ist, so daß der zur Zeit des Verzichts Nächstberechtigte bei der Geburt eines dem Verzichtenden Näherstehenden zurücktreten muß[1]). In diesem Fall einen übereinstimmenden Willen zu unterstellen, würde auf eine haltlose Fiktion hinauslaufen. Will man bei der Ansicht von Pfaff-Hofmann bleiben, so muß man annehmen, daß in

1) Dies könnte bei Minoraten und Junioraten zu unaufhörlichem Wechsel führen.

dem Recht des nächsten Anwärters eine Befugnis enthalten ist, die Ausübung an sich zu ziehen, wenn der Verzichtende ihr entsagt, so daß er also nicht aus dem Willen und Recht des Besitzers, sondern aus dem Willen des Stifters und kraft eigenen Rechts das Fideikommißrecht wahrzunehmen hat, während doch der Verzichtende Inhaber des Rechts bleibt [1]).

Damit wäre die von Rosin — a. a. O. S. 409/410 — hervorgehobene Uebereinstimmung mit seinen eigenen Ausführungen über die Folgen der Veräußerung gefunden; denn Rosin meint, wie erwähnt, daß durch die Veräußerung der Besitzer sein Recht nur quoad exercitium verwirkt, und daß der nächste Anwärter kraft seines Anwartschaftsrechts nun zur Revokationsklage und zur Ausübung berufen wäre. Es ist schon darauf hingewiesen, daß diese Theorie Rosins keine Grundlagen in der älteren Fideikommißliteratur hat, und daß die Revokationsklage, soweit sie im gemeinen Recht sofort angestellt werden kann, eine richtige rei vindicatio infolge der Rechtsverwirkung des Veräußernden ist. Auf das preußische Recht war sie ohnehin unanwendbar, da nach ALR. II, 4, § 79 die Klage dem Anwärter erst zusteht, wenn er zur Succession gelangt.

Wenn nun die Theorie von Rosin über die Veräußerung nicht acceptiert werden kann, so scheint jene Uebereinstimmung

1) Wenn Pfaff-Hofmann das als „Art Dereliktion" bezeichnen, so ist zu bedenken, daß das wesentlichste Moment der Dereliktion — der Rechtsverlust — nicht vorliegt. Und wenn sie die Ausschlagung des Berufenen der recusatio des heres necessarius vergleichen, so ist zu beachten, daß die Beziehungen, in denen er, trotz recusatio, heres bleibt, nur auf einer historischen Reminiszenz beruhen aus der Zeit, da er überhaupt nicht ausschlagen konnte. In seiner Stellung nach prätorischem Recht war er nach der recusatio ebensowenig Erbe, wie im entwickelten römischen Recht der quiritarische gegenüber dem bonitarischen Eigentümer berechtigt war. Ein Hineintragen dieser historischen Unterschiede als begriffliche Scheidungen ins heutige Recht ist verfehlt.

eher auf eine Unrichtigkeit der Pfaff-Hofmannschen Lehre hinzuweisen. Eine nähere Betrachtung bestätigt dies: es kann als zweifellos gelten, daß ein entfernter Anwärter, zu dessen Gunsten verzichtet ist, seine Ausübung aus dem Rechte des Verzichtenden ableitet, und daß dazu ein Vertrag notwendig ist. Ebenso übernimmt, wenn der Verzicht zu Gunsten des nächsten Anwärters erklärt ist, dieser kraft eines Vertrages die Ausübung. Und nun sollte, wenn der Verzicht schlechthin einseitig ohne Begünstigungsabsicht erklärt ist, der nächste kraft eigenen Anwartschaftsrechts [1]) zur Ausübung der Rechte des Verzichtenden berufen sein? Dann würde er, wenn er einen Verzichtsvertrag zu seinen Gunsten abgelehnt hat, durch einen nun einseitig erklärten Verzicht, der ihn nicht nennt, zur Ausübung berufen sein. Und wenn er sich diesem Rufe entzieht, würde er die Ausübung des Fideikommißeigentums für die Zeit verwirken, in der er vollberechtigter Fideikommißeigentümer werden sollte. Das wäre nicht nur unbillig, sondern auch unlogisch. Man darf nicht einwenden, daß nach den oben gewonnenen Resultaten durch einen Rechtsverzicht der Besitzer die Berufung des Folgers auch herbeiführen könne; denn in diesem Falle wird er ja selbstberechtigter Eigentümer, während er hier nur zur Ausübung berufen wird und bei Geburt eines dem Verzichtenden näher stehenden Anwärters zurücktreten muß. Und es mag viele Gründe geben, aus denen jemand dieses letztere ablehnen wird, ohne sich den künftigen Besitz verscherzen zu wollen.

---

1) Wenn das richtig wäre, dann wäre auch Polenske beizustimmen, daß diese Berufung zur Ausübung nicht ein Ausfluß des Successionsrechts, sondern des Revokationsrechts ist (S. 49) — soweit eine solche Spaltung des einheitlichen Anwartschaftsrechts überhaupt angeht. — Das wäre dann aber die bereits oben verworfene Ansicht, daß in dem Rechte des nächsten Anwärters ein besonderes Verwaltungsrecht für diesen Fall vom Stifter geschaffen wäre.

Wir halten daher daran fest, daß der Verzicht zu Gunsten eines anderen, eben deshalb, weil er kein „wahrer" Verzicht, sondern nur eine Ueberlassung der Ausübung ist, stets ein Vertrag sein muß.

II. Ueberlassung der Ausübung.

Was heißt nun „Ueberlassung der Ausübung"? Gebraucht wird dieser Ausdruck für den vorliegenden Fall von Pfaff-Hofmann, Rosin, Stahl, Polenske — erklärt nirgends! Wie soll man sich das Rechtsverhältnis denken, daß der eine das Recht, der andere die Ausübung des Rechts hat? Wer ausübt, muß doch auch ein Recht dazu haben, wenn seine Handlungen wirksam sein sollen. Soll man annehmen, daß der verzichtende Fideikommißbesitzer sein Eigentum als eine **nuda proprietas** behält, so daß sein ganzer Inhalt nur darin bestände, durch seinen Tod eine Succession herbeizuführen? Das würde dahin führen, daß neben jedem Recht als etwas davon Verschiedenes noch ein Recht, dieses auszuüben, vorhanden wäre. Zu welchen absurden Konsequenzen das führen müßte, legt Schuppe dar[1]). Nicht mit Unrecht nennt er ein Eigentum, dessen Ausübung einem anderen zusteht, ein „juristisches Ding an sich" (S. 179). Wenn der Verzichtende aber Berechtigter bleibt, so kann das kein leerer Schein sein.

1) in dem Buch über den „Begriff des subjektiven Rechts" (insbesondere S. 236, auch S. 143, 148, 149). — Das Werk ist übrigens meist juristisch nicht sehr brauchbar. — Auch Polenske erkennt, S. 48: „Es geht nicht an, ein Recht der Ausübung nach entstehen zu lassen, ehe es dem Rechte nach entstanden ist." — Er sieht aber nicht, daß auch bei seiner Konstruktion der Begünstigte ein Recht ausübt, das er nicht hat, — daß er aber hierzu ein Recht hat! Insoweit hat aber der Verzichtende ein Recht nicht. Die Sachlage ist also, daß der eine ein Recht weniger, der andere ein Recht mehr hat, — nicht aber, daß der eine alles Recht, der andere nur die Ausübung eines Teils dieses Rechts hat.

Wer Eigentümer ist, hat die Ausübung des Eigentums[1]); und wenn er einzelne Befugnisse einem andern überläßt, so besteht gerade darin seine Ausübung. Wenn er alle nur möglichen Eigentumsbefugnisse weggibt, so ist er aber nicht mehr Eigentümer. So ist es z. B. eine Befugnis des Eigentümers, sein Recht aufzugeben, zu derelinquieren; soll dies etwa auch dem Begünstigten zustehen[2])?

Es bleibt dabei: wer nur die Ausübung aufträgt, bleibt Rechtssubjekt[3]), und wer Rechtssubjekt ist, hat Rechte. Jede Uebertragung der Ausübung nach ist in Wahrheit nur eine Ueberlassung einer besonderen Summe von Befugnissen, bei der jedoch nicht alle Befugnisse von dem Inhaber des Rechts gelöst werden, sondern mindestens die für das Recht grundlegenden und über seine Substanz entscheidenden bei ihm verbleiben. Auch der Fideikommißbesitzer gibt nur eine Summe von Befugnissen durch den Verzicht an den Begünstigten ab. Aber es darf nicht übersehen werden, daß durch diesen Vertrag für ihn ein ganz eigenartiges Rechtsverhältnis geschaffen wird. Leider haben Pfaff-Hofmann, Rosin und Polenske das nicht genügend hervorgehoben, trotzdem ihr Resultat zeigt, daß sie es wohl erkannt haben.

Die Absicht des Verzichtenden geht nämlich nicht nur

1) Auch wenn etwa aus öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Gründen die „Ausübung des Eigentums" untersagt ist, ist in Wahrheit der Eigentümer nur beschränkt; eine unübersehbare Fülle von einzelnen Rechten bleibt ihm immer noch, z. B. das Recht, im Grundbuch zu erscheinen, oder Belastungsrechte.

2) Selbstverständlich darf der Begriff des Stellvertreters nicht herangezogen werden. Denn die einzelnen Handlungen und Rechtsgeschäfte (z. B. Fruchtziehung), die der Begünstigte in Ausübung des fremden Rechts vornimmt, geschehen in seinem Namen und seinem Interesse. Die Ausübung kann z. B. auch einem Kinde, das zur Vertretung unfähig ist, überlassen werden.

3) Siehe auch Bekker in IheringsJ. 12, 11.

dahin, dem anderen Besitz, Verwaltung und Fruchtgenuß [1]) zu überlassen.

Das könnte er mit einem Pachtvertrag erreichen; an seiner Berechtigung dazu besteht kein Zweifel [2]). Denn das ist schließlich nur eine Form der Bewirtschaftung; die Dinglichkeit der Pacht im preußischen Recht ändert daran nichts.

Nicht anders ist es mit der Bestellung eines Nießbrauchs, auch wenn sie unentgeltlich erfolgt. Denn nur zu dauernder Belastung ist er unfähig [3]). Für das preußische Recht [4]) z. B. folgt diese Befugnis schon daraus, daß nach ALR. I, 18, § 5 „der nutzbare Eigentümer über den Gebrauch der Sache so weit gültig verfügen kann, als dadurch die dem Obereigentümer zukommenden Rechte nicht geschmälert werden". Wenn man dem Fideikommißbesitzer allerdings nur eine Art ususfructus gibt, wie Bekker (Pandekten 153), wäre ein Nießbrauch nicht möglich zu bestellen. Man muß ihm aber richtiges Eigentum zuschreiben, wenn auch mit besonderen Modifikationen, und daher einen Nießbrauch zulassen, sofern die Schranken des Rechts dadurch nicht verletzt werden [5]).

---

1) So sagt Rosin aber S. 407. Ebenso Stahl (S. 56) „Besitz und Einkünfte".

2) Knipschildt XI, 143: „Locatio et emphyteusis ad tempus aliquod breve vel modicum facta . . . licita est". — Kreittmayr III, c. X, § XXIII, n. 2; Lewis 196; Salza 170 u. a. m. — Das hessische Fid.-Ges. bestimmt ausdrücklich in Art. 17: „Der Fideikommißinhaber hat auf seine Lebenszeit den Genuß und die Verwaltung des Fideikommisses; er darf dasselbe verpachten, für die Dauer seiner Besitzzeit den Nutzgenuß abtreten und die Einkünfte verpfänden."

3) Kreittmayr a. a. O. bezügl. des usufructus, soweit er „sola commoditas utendi fruendi" ist. — Bluntschli 194; Brunner in Holtzendorffs Rechtslexikon [3] 1, 794.

4) Bezüglich des hessischen siehe den Anm. 2 zitierten Art. 17.

5) Aus einem anderen Grunde schließt Foerster, Grundbuchrecht 286, die Nießbrauchbestellung nach neuem Reichsrecht aus: weil die Belastung der Revenüen durch einen Nießbrauch landesrechtlich nicht besonders zu-

Wer Eigentümer ist, hat die Ausübung des Eigentums[1]); und wenn er einzelne Befugnisse einem andern überläßt, so besteht gerade darin seine Ausübung. Wenn er alle nur möglichen Eigentumsbefugnisse weggibt, so ist er aber nicht mehr Eigentümer. So ist es z. B. eine Befugnis des Eigentümers, sein Recht aufzugeben, zu derelinquieren; soll dies etwa auch dem Begünstigten zustehen[2])?

Es bleibt dabei: wer nur die Ausübung aufträgt, bleibt Rechtssubjekt[3]), und wer Rechtssubjekt ist, hat Rechte. Jede Uebertragung der Ausübung nach ist in Wahrheit nur eine Ueberlassung einer besonderen Summe von Befugnissen, bei der jedoch nicht alle Befugnisse von dem Inhaber des Rechts gelöst werden, sondern mindestens die für das Recht grundlegenden und über seine Substanz entscheidenden bei ihm verbleiben. Auch der Fideikommißbesitzer gibt nur eine Summe von Befugnissen durch den Verzicht an den Begünstigten ab. Aber es darf nicht übersehen werden, daß durch diesen Vertrag für ihn ein ganz eigenartiges Rechtsverhältnis geschaffen wird. Leider haben Pfaff-Hofmann, Rosin und Polenske das nicht genügend hervorgehoben, trotzdem ihr Resultat zeigt, daß sie es wohl erkannt haben.

Die Absicht des Verzichtenden geht nämlich nicht nur

1) Auch wenn etwa aus öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Gründen die „Ausübung des Eigentums" untersagt ist, ist in Wahrheit der Eigentümer nur beschränkt; eine unübersehbare Fülle von einzelnen Rechten bleibt ihm immer noch, z. B. das Recht, im Grundbuch zu erscheinen, oder Belastungsrechte.

2) Selbstverständlich darf der Begriff des Stellvertreters nicht herangezogen werden. Denn die einzelnen Handlungen und Rechtsgeschäfte (z. B. Fruchtziehung), die der Begünstigte in Ausübung des fremden Rechts vornimmt, geschehen in seinem Namen und seinem Interesse. Die Ausübung kann z. B. auch einem Kinde, das zur Vertretung unfähig ist, überlassen werden.

3) Siehe auch Bekker in IheringsJ. 12, 11.

dahin, dem anderen Besitz, Verwaltung und Fruchtgenuß [1]) zu überlassen.

Das könnte er mit einem Pachtvertrag erreichen; an seiner Berechtigung dazu besteht kein Zweifel [2]). Denn das ist schließlich nur eine Form der Bewirtschaftung; die Dinglichkeit der Pacht im preußischen Recht ändert daran nichts.

Nicht anders ist es mit der Bestellung eines Nießbrauchs, auch wenn sie unentgeltlich erfolgt. Denn nur zu dauernder Belastung ist er unfähig [3]). Für das preußische Recht [4]) z. B. folgt diese Befugnis schon daraus, daß nach ALR. I, 18, § 5 „der nutzbare Eigentümer über den Gebrauch der Sache so weit gültig verfügen kann, als dadurch die dem Obereigentümer zukommenden Rechte nicht geschmälert werden". Wenn man dem Fideikommißbesitzer allerdings nur eine Art ususfructus gibt, wie Bekker (Pandekten 153), wäre ein Nießbrauch nicht möglich zu bestellen. Man muß ihm aber richtiges Eigentum zuschreiben, wenn auch mit besonderen Modifikationen, und daher einen Nießbrauch zulassen, sofern die Schranken des Rechts dadurch nicht verletzt werden [5]).

1) So sagt Rosin aber S. 407. Ebenso Stahl (S. 56) „Besitz und Einkünfte".

2) Knipschildt XI, 143: „Locatio et emphyteusis ad tempus aliquod breve vel modicum facta . . . licita est". — Kreittmayr III, c. X, § XXIII, n. 2; Lewis 196; Salza 170 u. a. m. — Das hessische Fid.-Ges. bestimmt ausdrücklich in Art. 17: „Der Fideikommißinhaber hat auf seine Lebenszeit den Genuß und die Verwaltung des Fideikommisses; er darf dasselbe verpachten, für die Dauer seiner Besitzzeit den Nutzgenuß abtreten und die Einkünfte verpfänden."

3) Kreittmayr a. a. O. bezügl. des ususfructus, soweit er „sola commoditas utendi fruendi" ist. — Bluntschli 194; Brunner in Holtzendorffs Rechtslexikon ³ 1, 794.

4) Bezüglich des hessischen siehe den Anm. 2 zitierten Art. 17.

5) Aus einem anderen Grunde schließt Foerster, Grundbuchrecht 286, die Nießbrauchbestellung nach neuem Reichsrecht aus: weil die Belastung der Revenüen durch einen Nießbrauch landesrechtlich nicht besonders zu-

Aber der Verpächter und der Nießbrauchbesteller bleiben nicht nur im Grundbuch, sondern ihrer ganzen rechtlichen und sozialen Stellung nach Herren des Gutes. Auf dem Fideikommißeigentümer liegt der splendor familiae, auch wenn Pächter und Nießbraucher, was natürlich nicht nötig ist, Anwärter sind[1]). Das ist aber nicht das Ziel des Verzichtenden. Lewis sagt ganz richtig (S. 197): „Er kann die Ausübung der sämtlichen im Fideikommißrecht liegenden Gebrauchs- und Nutzungsbefugnisse gegen Entgelt oder unentgeltlich anderen Personen überlassen." Und es ist kein Widerspruch, wie Pfaff-Hofmann (Exkurse 2, 237 Anm. 10) ihm vorwerfen, wenn er trotzdem den Verzicht auf die Ausübung (S. 455) nur zu Gunsten eines Anwärters zuläßt. Denn eine Ueberlassung sämtlicher „Nutzungsbefugnisse" ist noch kein Verzicht auf die Ausübung des Fideikommißrechts[2]).

Der Fideikommißbesitzer will dem Begünstigten mehr verschaffen als Besitz, Verwaltung und Fruchtgenuß. Er will ihm auch die Ausübung der personenrechtlichen Bestandteile seines

gelassen ist, wäre der Nießbrauch stets Substanzbelastung und als solche der Bestellung durch den Fideikommißbesitzer entzogen. — Das ist nicht richtig! Der Besitzer darf als Eigentümer alles, was nicht dem Folger schadet, oder das Gut, wenn auch nur zeitweise, aus der Familie bringt; also darf er auch jetzt Lasten, die nicht über seine Besitzzeit hinaus wirken, auf das Gut legen. — Auch v. Koeller, Kreuzzeitung Nr. 380 vom 15. Aug. 1903, läßt den Nießbrauch zu.

1) Höchstens der Nießbraucher, der zugleich Anwärter ist, wird nach außen etwas als der zum Fideikommißbesitz Berufene erscheinen. Das liegt in der Stärke des Rechts, wie ja überhaupt der Nießbraucher in seiner öffentlichen Stellung dem Eigentümer nahesteht. Die Erfüllung der Pflichten bleibt dem Besteller. Die Ausübung der öffentlichrechtlichen Befugnisse eines Fideikommißbesitzers, Wahlrechte u. dergl., können dem Nießbraucher niemals überlassen werden.

2) Lewis selbst ist an beiden Stellen offenbar von einem unbewußten Takt und nicht von einer klaren Erkenntnis des Unterschiedes geleitet. Wenigstens hebt er den Unterschied weder hervor, noch begründet er ihn.

Rechts überlassen. Gerade sie, die sich auch nicht zeitweise auf einen anderen übertragen lassen, weil sie höchstpersönlich sind, und die deshalb von Pacht und Nießbrauch nicht miteinbegriffen werden, erklärt er, nicht mehr ausüben zu wollen. Und insofern gewinnt der Ausdruck „Verzicht" hier wenigstens einige Richtigkeit. Diese Rechte gehen zwar nicht unter; da sie aber unübertragbar sind, kommen sie wenigstens in einen Ruhezustand. Wenn er nun die vermögensrechtlichen Bestandteile einem Fremden überträgt, kann er die personenrechtlichen nicht zum Ruhen bringen, soweit in ihnen Pflichten enthalten sind. Die Pflichten, insbesondere die Aufrechterhaltung des Familienglanzes, kann ein Nichtfamilienmitglied ihm nicht abnehmen. Anders bei einem Anwärter: der Kern der personenrechtlichen Befugnisse liegt schon in dem Anwartschaftsrecht; der Anwärter trägt in sich bereits die Qualifikation zum Fideikommißbesitzer. Wenn ihm nun die Nutzungsbefugnisse durch Vertrag mit dem Inhaber zukommen, und der Inhaber selbst sich verpflichtet, seine personenrechtlichen ruhen zu lassen, so ist es denkbar und verständlich, daß der Begünstigte ihre Ausübung übernehmen kann. Denn, weil er Anwärter ist, ist er befähigt, dem Zweck des Instituts gerecht zu werden, indem er die soziale Position eines Fideikommißbesitzers ausfüllen und dem splendor familiae förderlich sein kann. Daraus erklärt es sich, daß der Verzicht nur zu Gunsten eines Anwärters — und, weil das Anwartschaftsrecht unabhängig von der Nähe zum Besitzer stets ein gleiches ist — zu Gunsten jedes Anwärters erfolgen kann.

Dies Resultat stimmt überein mit den Ausführungen über den Verzicht bei Lewis 455; Pfaff-Hofmann, Exkurse 2, 237; Rosin 414/415 und Polenske 54/55. Sie alle lassen aber nicht erkennen, warum sie nur einen Anwärter zulassen. Sie sprechen nur von „Nutzungen", von „Besitz und

Einkünften", was alles durch Pacht und Nießbrauch auch an einen extraneus kommen kann.

Dies Ergebnis steht aber auch mit der älteren Literatur in Einklang [1]), nur daß dort nicht von „Verzicht" gesprochen wird, weil es sich nicht um den Untergang eines Rechts handelt. Aber ein Vertrag mit einem Anwärter, durch den derselbe in vielen Beziehungen die Stellung des Fideikommißbesitzers erhält, und der nur mit einem Anwärter möglich ist, ist schon Knipschildt bekannt: die Veräußerung nämlich, die an einen extraneus ohne weiteres nichtig ist und sofortige Verwirkung des Fideikommißrechts zur Folge hat, ist gültig, wenn sie an einen Anwärter geschieht. Wie die gewöhnliche Veräußerung im gemeinen Recht Aehnlichkeit mit dem Rechtsverzicht hatte, insofern durch beide das Recht des Besitzers verloren ging — nicht, wie Rosin meint, insofern durch beide die Ausübung verwirkt würde, — so berührt sich auch die Veräußerung an einen Anwärter mit dem erst später erfundenen Verzicht zu Gunsten eines Anwärters. Ja, die beiden letzteren sind einander sogar viel ähnlicher; denn die Absicht des Veräußernden ist in diesem Fall fast gleich der des Verzichtenden: beide wollen übertragen; während in den ersteren Fällen nur der Veräußernde übertragen, der Verzichtende dagegen lediglich aufgeben wollte. Knipschildt sagt nämlich (XI, 85 u. 86): „Fideicommissum familiae non potest aliis extraneis, et qui non sunt de familia, cedi . . . Secus vero erit, si fideicommissarius ius suum uni alicui successori de familia cedat, hoc enim fieri posse non dubito, quia hoc ipso non agitur contra testatoris vel institutoris intentionem, sed bona in familia integra et illaesa conservantur et permanent." — Und ebenso bei Veräußerung (XI, 430): „Dicendum videtur, quod

1) worauf auch Rosin 414/415 hinweist.

valida sit quidem alienatio facta in illos, qui sunt de familia"; und nicht nur die an den unmittelbaren Folger ist gültig, sondern auch (XI, 431): „**si vero alienatio in remotiores facta, . . . valida quidem haec sit alienatio quoad vitam alienatoris, ut revocatio ipso vivo non detur.**" Nach seinem Tode aber ist der dem Veräußernden nächste Anwärter zur Revokation berechtigt[1]).

Auch wo die Revokationsklage gleichmäßig in allen Fällen erst beim Tode des Veräußernden zulässig ist, muß sich doch ebenso ein Unterschied zwischen dem **extraneus**, an den veräußert ist, und dem Anwärter, zu dessen Gunsten verzichtet ist, geltend machen, indem diesem eine dem Fideikommißbesitzer ähnlichere Stellung als jenem zukommt.

§ 13. Wirkungen dieses Verzichts.

I. Rechtsstellung des Verzichtenden und des Begünstigten.

Wie nun das Rechtsverhältnis zwischen dem Verzichtenden und dem Begünstigten im einzelnen sich gestaltet, ist schwierig festzustellen, weil die Trennung von Ausübung und Recht überhaupt Schwierigkeiten begegnet.

Der Verzichtende bleibt jedenfalls im Grundbuch als Eigentümer eingetragen. Das gilt auch für das landrechtliche Fideikommiß, trotzdem er dort nur Untereigentümer ist (Preuß. AG. zur GBO. § 15).

Die Stellung des begünstigten Anwärters ist demnach etwa folgende:

Er ist dinglich berechtigt zu allem, wozu der Fideikommißbesitzer berechtigt ist, mit Ausnahme der Befugnisse, vermöge deren dem Eigentümer eine Verfügung über die Substanz zu-

1) Ebenso Kreittmayr III, c. X, § XXIV, n. 2 b: „Solange Alienant bei Leben ist, kann **alienatio in remotiorem** bestehen." — Ebenso der bei Rosin 415 N. 31 zitierte Hellfeld.

steht. Er ist dinglich berechtigt, weil ihm ein unmittelbares Herrschaftsrecht über das Fideikommißvermögen zusteht, und weil sein Recht, wenn er als Repräsentant der Familie nach außen auftreten soll, der Wirksamkeit gegenüber Dritten bedarf. Er muß nach dem Grundsatz der Publizität der Sachenrechte deshalb im Grundbuch erscheinen. Im Gebiete des preußischen Grundbuchrechts wurde er als „Ausübungsberechtigter" eingetragen. Das folgt daraus, daß auch der zur Ausübung eines Nießbrauchs Berechtigte eingetragen werden konnte [1]). Das Gleiche gilt für das österreichische Recht nach Wildner 281/282.

Seine Rechte hinsichtlich Besitz, Verwaltung, Fruchtgenuß mögen im allgemeinen denen des Nießbrauchers gleichen. Im einzelnen gehen sie vielleicht noch darüber hinaus, insofern ihm auch außerordentliche Erträge, die als Nicht-Früchte dem Nießbraucher nicht gebühren, zustehen, so z. B. der Windbruch und der Schatzanteil.

Verfügungen über die Substanz stehen ihm dagegen nicht zu, obwohl sie auch zur „Ausübung" eines Rechts gehören. Aber die Ausübung ist, wie erwähnt, nicht völlig trennbar von dem Recht selbst. Allerdings hat der Fideikommißbesitzer so wie so wenig Macht über die Substanz seines Rechts. Im preußischen Recht gibt es überhaupt keine Befugnisse, die ihm allein zustehen. Mindestens zwei Anwärter sind zuzuziehen [2]), bei wichtigeren Angelegenheiten ist ein Familienschluß notwendig.

1) Dernburg, Preuß. Privatr. 1, 282. — Fuchs, Grundbuchrecht 1, 315 N. 4 hält es für inkonsequent, den Ausübungscessionar einzutragen; wenn man überhaupt Recht und Ausübung trenne, könne man ihm nur ein obligatorisches Recht geben. — Da wir in der Einräumung des Ausübungsrechts nur eine, wenn auch besonders starke, Einschränkung des Eigentums, bezw. des Nießbrauchs sehen, so kann diese wohl dinglich sein.

2) Soweit die Nähe zum Besitzer für die Bestimmung der beiden Anwärter in Frage kommt (ALR. II, 4 §§ 88—92), richtet sie sich nach dem Verzichtenden.

Am Familienschluß nehmen beide teil als Obereigentümer. Das Recht, mit den beiden Anwärtern gemeinschaftlich zu verfügen, kann nur beiden, dem Begünstigten und dem Verzichtenden, zusammen zukommen. Dem letzteren nicht allein, weil er das Recht des anderen nicht schädigen darf, dem ersteren nicht, weil seine Ausübung sich nicht auf die Substanz des Rechts erstreckt.

Die Veräußerung kommt nicht in Betracht, weil da, wo sie überhaupt erlaubt ist, nur der Familienschluß, an dem beide teilnehmen, sie bewirken kann.

Die Verschuldung, soweit sie dem Fideikommißbesitzer gestattet ist [1]), steht weder dem Verzichtenden noch dem Begünstigten allein zu. Deshalb ruht das Verschuldungsrecht aber nicht, wie Salza meint [2]), vielmehr sind nur beide im stande, eine Schuld aufzunehmen, die das Fideikommiß belasten soll. Pfaff-Hofmann würden anscheinend im gemeinen Recht das Verschuldungsrecht dem Begünstigten allein gewähren; denn die Entscheidung für das österreichische Recht, daß es ihm nicht gebühre, begründen sie (Exkurse 2, 258) mit Sätzen, die für das gemeine Recht nicht zutreffen, da sie auf der eigenartigen Bestimmung des Oesterreichischen BGB. § 635 beruhen, daß jeder Fideikommißbesitzer das Gut bis zu $^{1}/_{3}$ des Wertes verschulden dürfe. Dem Verzichtenden sprechen sie es einfach ab. — Daß auch im gemeinen Recht eine Kreditaufnahme ohne den zurückgetretenen Besitzer nicht geschehen kann, geht daraus hervor, daß er für die fälligen Rückzahlungen

1) Fälle für das gemeine Recht bei Lewis 295/296. — Für das preußische nur mit Zuziehung von zwei Anwärtern, ALR. II, 4 §§ 80 ff.; Lewis 306—309. — Bayr. Fid.-Ed. § 48 und hess. Gesetz Art. 19 lassen auch die Verschuldung nur mit Zustimmung aller Anwärter zu.

2) Salza 180/181. Es mag daher kommen, daß Salza als Ausübungscessionare auch extranei zuläßt. — Dabei kann das Gut zu Grunde gehen, wenn zu seiner Erhaltung eine Kreditaufnahme notwendig ist.

und Zinsleistungen Schuldner ist, solange er im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Daß der Ausübende analog dem Nießbraucher ihm gegenüber zur Lastentragung verpflichtet ist, schützt ihn nicht gegen Angriffe der Gläubiger.

Mit diesen Worten ist schon angedeutet, daß auch für alle Prozesse, die die Substanz betreffen, der Verzichtende legitimiert bleibt, weil das Grundbuch ihn als Eigentümer nennt.

Durch Inkrafttreten des BGB. ist eine Wandlung eingetreten, indem die Eintragung des Ausübungsberechtigten als solchen nicht mehr zulässig ist. Er kann nur noch einen Nießbrauch als dingliches Recht erhalten. Denn wenn auch nach EG. Art. 59 die Vorschriften der Landesgesetze über Familienfideikommisse unberührt bleiben, so können doch auf diesem Gebiete dingliche Rechte an Grundstücken nur anerkannt werden, wenn sie reichsrechtlich zugelassen sind[1]). Es wäre z. B. ein dingliches Pachtrecht an einem Gut, das sonst der landesgesetzlichen Regelung untersteht, nicht möglich. Daß Substanzverfügungen außerhalb der Macht des Begünstigten liegen, bedarf dann keiner Erörterung mehr. Daß aber weitgehende obligatorische Rechte ihm keine Prozeßlegitimation und kein Verschuldungsrecht bei Grundstücken geben können, ergibt sich aus dem Wesen des Grundbuchrechts.

Trotzdem wird auch jetzt noch eine Ueberlassung der Ausübung einem Anwärter mehr verschaffen als einem Nießbraucher, der extraneus ist. Und da das dingliche Recht des Anwärters schon im Grundbuch steht, kommt das gewissermaßen auch dort zum Ausdruck. Da sich der Verzichtende gebunden hat, die Repräsentationsstellung, die dem Fideikommißbesitzer zukommt, nicht auszuüben, so kann der Begünstigte sie versehen, weil er an sich schon dazu befähigt ist als Anwärter, und ihm nun

1) wie die Revenüenhypothek.

durch das dingliche Nutzungsrecht am Gut auch äußerlich eine ähnliche Stellung zukommt. Seine dadurch gewonnene Position ist zwar schwer definierbar und in den einzelnen Befugnissen nicht abzugrenzen, weil eben Recht und Pflicht, Träger des splendor familiae zu sein, sich nicht abgrenzen lassen; aber ein im Leben hervortretender Unterschied zwischen einem Nießbraucher, der selbst Familienglied ist und die Ausübung der ruhenden Rechte des Besitzers übernimmt, und einem Nießbraucher, der nur als Abhängiger erscheint des Eigentümers, der selbst als Herr des Gutes und Vertreter der Familie gelten will, läßt sich immerhin anerkennen.

Auch gewisse Ehrenrechte privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Art, die mit dem Fideikommiß verbunden sind, konnten bisher dem Begünstigten zur Ausübung zugesprochen werden. Jetzt, wo er rechtlich nichts anderes ist als Nießbraucher, wird das nicht mehr angehen.

Gegenüber dieser Regelung hebt die „Begründung" des preußischen „Entwurfs" S. 157 hervor, daß durch den Verzicht auf die Ausübung Rechte genommen, Pflichten belassen werden; es ist auch durchaus angebracht, wenn der Entwurf aus diesen Gründen einen Verzicht auf die Ausübung ablehnt, aber bisher ist eine solche, wenn auch unpraktische, Regelung unausweichlich. Wenn der Verzicht zu Gunsten eines Anwärters überhaupt möglich ist — und daran kann gegenüber Wissenschaft und Praxis nicht gezweifelt werden — so muß er die geschilderte Folge haben. Denn nur, wenn der Verzichtende im Grundbuch gelöscht würde, könnte er sich diesen Wirkungen entziehen. Steht er aber nicht mehr im Grundbuch, so ist die Behauptung, daß ihm doch noch das Recht, dem anderen aber nur die Ausübung zustände, unhaltbar. Außerdem würde damit für den Begünstigten ein bedingtes Eigentum geschaffen, da es mit dem Tode des Verzichtenden sein Ende erreicht.

Auch das wäre unverträglich mit dem modernen Liegenschaftsrecht.

II. Dauer des Rechtsverhältnisses.

Aus der Natur eines Verzichts auf die Ausübung als eines Vertrages, durch den der Fideikommißbesitzer die Ausübung seines Rechts einem anderen Anwärter überläßt, bestimmen sich die Folgen hinsichtlich der Dauer des Verhältnisses.

Wie es die Absicht des Verzichtenden war, steht ihm die Ausübung wieder zu, wenn der Begünstigte stirbt oder aufhört, Anwärter zu sein, und somit die wesentlichste Voraussetzung zum Ausüben verliert; es sei denn, daß die Ausdehnung des Vertrages auf einen weiteren Anwärter anzunehmen ist. Jedenfalls kann die Ausübung nie an Erben des Begünstigten, die nicht Anwärter sind, kommen[1]). Wildner (S. 237) und Salza (S. 180) verkennen die Notwendigkeit, daß der Ausübende in sich schon die personenrechtlichen Grundlagen zum Fideikommißbesitz haben muß, wenn sie das Ausübungsrecht als „Sachenrecht" in die Verlassenschaft des Begünstigten rechnen[2]).

Aber auch einem Erben, der Anwärter ist, gebührt die Ausübung nicht, wenn der Vertragswille sie nicht mitumfaßte. An und für sich ist ein Verzicht zu Gunsten eines Anwärters auch nur zu Gunsten dieses zu verstehen. Ebenso entscheidet das Reichsgericht[3]). Wenn z. B. der kinderlose Besitzer zu Gunsten

1) Richtig: Pfaff-Hofmann, Exk. 2, 238 N. VIII.

2) Sie sagen das von der Veräußerung. Das ist bei ihnen dasselbe, was hier Verzicht auf die Ausübung genannt ist. Der Unterschied von Verzicht und Veräußerung sei, daß diese einen Begünstigten nennt, jene nicht. Dieser Gedanke ist richtig. Falsch, und auch den hier erwähnten Fehler erklärend, ist ihre Ansicht, daß die Veräußerung auch an Nichtanwärter zulässig sei.

3) Entsch. 14, 228. — Die Entscheidung enthält das Richtige, sie drückt es aber schlecht aus. Ein Verzicht auf das Successionsrecht in dem

eines jungen Neffen verzichtet, damit er von früh auf in einem engen Verhältnis zum Gute steht und sich der Landwirtschaft widmen kann, um ohne den Tod des Onkels abwarten zu müssen, die Wirtschaft zu ergreifen, so liegt es gar nicht im Sinne des Verzichtenden, wenn etwa der Neffe früh ohne Descendenten stirbt, daß nun der Vater des Neffen als dessen nächster Agnat den Genuß erhält. Für den Fall will er lieber selbst das Gut übernehmen.

Andererseits erreicht die Ausübung des Begünstigten ihr Ende mit dem Rechte des Verzichtenden, weil sie von ihm abhängig ist. Darin ist Pfaff-Hofmann (S. 238 N. VII) beizustimmen; ebenso entscheidet auch das Reichsgericht zutreffend, daß mit dem Tode des Verzichtenden für dessen Descendenz die Succession eröffnet wird[1]). Und zwar steht bei Eintritt des Successionsfalles dem nächsten Anwärter ein eigenes Recht auf das Fideikommiß, nicht bloß dem Rechte, sondern auch der Ausübung nach zu, da der Verzicht des Vorbesitzers für ihn nicht bindend ist. Resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum. Hierfür macht es auch nichts aus,

---

einen Fall umfasse im Zweifel nicht einen Verzicht in einem zweiten Successionsfalle, der durch Tod des Begünstigten herbeigeführt werde. — Wir sahen, daß dieser zweite Successionsfall gar keiner ist, da das Recht bei dem Verzichtenden geblieben ist. — Auch scheint das Reichsgericht anzunehmen, daß die Lage anders wäre, wenn der Begünstigte Nachkommen hätte. Das trifft nur insofern zu, als man dann eher einen auch auf sie reichenden Willen des Verzichtenden voraussetzen kann, als wenn der Nächstberechtigte ein entfernter Seitenverwandter ist. — Im ganzen zeigt das Reichsgericht in dieser Entscheidung bereits eine Hinneigung zu jener die successio ex pacto verletzenden Ansicht moderner Gesetze, nach der ein Tausch des Ranges unter den Anwärtern zulässig ist.

1) Entscheid. bei Gruchot, Beiträge 24, 1040/41; zutreffend ist dies nur, insofern in dem betreffenden Fall wirklich ein Verzicht zu Gunsten des Anwärters vorlag. Wenn man einen Rechtsverzicht annimmt, wie es hier wahrscheinlicher ist, so ist dem angefochtenen zweitrichterlichen Urteil recht zu geben.

Auch das wäre unverträglich mit dem modernen Liegenschaftsrecht.

II. Dauer des Rechtsverhältnisses.

Aus der Natur eines Verzichts auf die Ausübung als eines Vertrages, durch den der Fideikommißbesitzer die Ausübung seines Rechts einem anderen Anwärter überläßt, bestimmen sich die Folgen hinsichtlich der Dauer des Verhältnisses.

Wie es die Absicht des Verzichtenden war, steht ihm die Ausübung wieder zu, wenn der Begünstigte stirbt oder aufhört, Anwärter zu sein, und somit die wesentlichste Voraussetzung zum Ausüben verliert; es sei denn, daß die Ausdehnung des Vertrages auf einen weiteren Anwärter anzunehmen ist. Jedenfalls kann die Ausübung nie an Erben des Begünstigten, die nicht Anwärter sind, kommen[1]). Wildner (S. 237) und Salza (S. 180) verkennen die Notwendigkeit, daß der Ausübende in sich schon die personenrechtlichen Grundlagen zum Fideikommißbesitz haben muß, wenn sie das Ausübungsrecht als „Sachenrecht" in die Verlassenschaft des Begünstigten rechnen[2]).

Aber auch einem Erben, der Anwärter ist, gebührt die Ausübung nicht, wenn der Vertragswille sie nicht mitumfaßte. An und für sich ist ein Verzicht zu Gunsten eines Anwärters auch nur zu Gunsten dieses zu verstehen. Ebenso entscheidet das Reichsgericht[3]). Wenn z. B. der kinderlose Besitzer zu Gunsten

---

1) Richtig: Pfaff-Hofmann, Exk. 2, 238 N. VIII.

2) Sie sagen das von der Veräußerung. Das ist bei ihnen dasselbe, was hier Verzicht auf die Ausübung genannt ist. Der Unterschied von Verzicht und Veräußerung sei, daß diese einen Begünstigten nennt, jene nicht. Dieser Gedanke ist richtig. Falsch, und auch den hier erwähnten Fehler erklärend, ist ihre Ansicht, daß die Veräußerung auch an Nichtanwärter zulässig sei.

3) Entsch. 14, 228. — Die Entscheidung enthält das Richtige, sie drückt es aber schlecht aus. Ein Verzicht auf das Successionsrecht in dem

eines jungen Neffen verzichtet, damit er von früh auf in einem engen Verhältnis zum Gute steht und sich der Landwirtschaft widmen kann, um ohne den Tod des Onkels abwarten zu müssen, die Wirtschaft zu ergreifen, so liegt es gar nicht im Sinne des Verzichtenden, wenn etwa der Neffe früh ohne Descendenten stirbt, daß nun der Vater des Neffen als dessen nächster Agnat den Genuß erhält. Für den Fall will er lieber selbst das Gut übernehmen.

Andererseits erreicht die Ausübung des Begünstigten ihr Ende mit dem Rechte des Verzichtenden, weil sie von ihm abhängig ist. Darin ist Pfaff-Hofmann (S. 238 N. VII) beizustimmen; ebenso entscheidet auch das Reichsgericht zutreffend, daß mit dem Tode des Verzichtenden für dessen Descendenz die Succession eröffnet wird[1]. Und zwar steht bei Eintritt des Successionsfalles dem nächsten Anwärter ein eigenes Recht auf das Fideikommiß, nicht bloß dem Rechte, sondern auch der Ausübung nach zu, da der Verzicht des Vorbesitzers für ihn nicht bindend ist. Resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum. Hierfür macht es auch nichts aus,

einen Fall umfasse im Zweifel nicht einen Verzicht in einem zweiten Successionsfalle, der durch Tod des Begünstigten herbeigeführt werde. — Wir sahen, daß dieser zweite Successionsfall gar keiner ist, da das Recht bei dem Verzichtenden geblieben ist. — Auch scheint das Reichsgericht anzunehmen, daß die Lage anders wäre, wenn der Begünstigte Nachkommen hätte. Das trifft nur insofern zu, als man dann eher einen auch auf sie reichenden Willen des Verzichtenden voraussetzen kann, als wenn der Nächstberechtigte ein entfernter Seitenverwandter ist. — Im ganzen zeigt das Reichsgericht in dieser Entscheidung bereits eine Hinneigung zu jener die successio ex pacto verletzenden Ansicht moderner Gesetze, nach der ein Tausch des Ranges unter den Anwärtern zulässig ist.

1) Entscheid. bei Gruchot, Beiträge 24, 1040/41; zutreffend ist dies nur, insofern in dem betreffenden Fall wirklich ein Verzicht zu Gunsten des Anwärters vorlag. Wenn man einen Rechtsverzicht annimmt, wie es hier wahrscheinlicher ist, so ist dem angefochtenen zweitrichterlichen Urteil recht zu geben.

ob der Folger Allodialerbe des Verzichtenden ist. Es ist in dem Verzicht nur die Ueberlassung der Ausübung seines Rechts zu sehen, und wenn dieses Recht nicht mehr existiert, so erwächst dem Successor ein eigenes neues Recht, dessen Ausübung ihm allein gebührt. Zur Bestellung eines dinglichen Rechts war der Verzichtende überhaupt nur für die Dauer seines Besitzes befähigt.

Freilich wird der Verzichtende verpflichtet sein, seinem Rechte nicht ein zu frühes Ende zu bereiten, indem er etwa nun durch einen „wahren" Verzicht einen Successionsfall herbeiführt, so daß der nächste Anwärter den Begünstigten entsetzen könnte [1]).

Wenn aber der Verzichtende nicht bloß die Ausübung seines Rechts, sondern auch die des Rechts seiner Nachkommen aufzugeben erklärt? — Dann müssen die Regeln zur Anwendung kommen, die bei der unerlaubten Belastung eines Fideikommisses überhaupt gelten. Er hat dann ein dingliches Recht über die Dauer seiner Besitzzeit hinaus bestellt, und obwohl das nichtig ist, so werden die seiner Nachkommen, die zugleich seine Allodialerben sind [2]), das anerkennen müssen, sofern sie überhaupt dergleichen Verfügungen zu dulden brauchen.

Rosin hat die Ansicht vertreten, daß der Fideikommißfolger durch Verfügungen seines Erblassers bezüglich des Fideikommisses nicht gebunden wäre. Er geht dabei von einer Trennung des Sondervermögens vom Allodialvermögen aus,

1) Man muß dies aus der Analogie mit der Ausübungsübertragung des Nießbrauchs schließen. Dernburg, Preuß. Privatrecht, sagt: „Das Recht zur freiwilligen Entsagung aber hat der Cedent mit der Abtretung der Ausübung allerdings aufgegeben."

2) weil sie Allodialerben sind. — Dasselbe gilt für Allodialerben, die nicht seine Nachkommen sind.

die sich auch in der Person des Inhabers geltend macht und ihm gewissermaßen zwei Seelen einhaucht, die sich fast selbständig gegenüberstehen[1]). Dafür spräche auch der Umstand, daß z. B. bei der Veräußerung dem nächsten Anwärter die Revokationsklage nach richtiger Ansicht sofort, also schon zu einer Zeit gegeben wird, wo über seine Eigenschaft als Allodialerbe noch gar nichts bestimmt sein kann. Dann wird der Anwärter, der die Revokationsklage vor dem Tode des Veräußernden erhebt, schlechter stehen als der, der sie erst nachher, nachdem er Allodialerbe geworden ist, anstellt. Das ist indessen nicht anders als bei jeder Erbfolge: Wenn der Erblasser eine abhanden gekommene Sache des Erben veräußert, kann der Erbe, ehe er Erbe geworden ist, sie vindizieren, nach dem Erbschaftsantritt nicht mehr.

Im gemeinen Recht ist trotz Rosin als herrschende Ansicht anzusehen, daß die Allodialerben wie die nichtige Veräußerung auch die Einräumung dinglicher Lasten anzuerkennen verpflichtet sind. „Denn[2]) wenn die Rechte der Anwärter nicht als Ausflüsse der Mitgliedschaft in einer irgendwie organisierten Familie, sondern lediglich als individuelle dingliche

1) Eine ausführliche Erörterung dieses Punktes müßte zu weit führen. Rosin hat (S. 438 ff.) das Für und Wider sehr eingehend behandelt. Er zieht insbesondere die ältere gemeinrechtliche Literatur auf seine Seite (S. 444 Anm. 17 u. 18). Bezüglich Knipschildts ist wohl eine Stelle hierherzuziehen, XVI, 132: „in dubio fideicommisso non esse renunciatum“. Danach würde Knipschildt, im Zusammenhang mit XVI, 131, einen ausdrücklichen Verzicht für die Erben wohl zulassen. Die Stelle ist indessen zweifelhaft. Vielleicht soll sie nur allgemein das ausdrücken, was etwa das Reichsgericht 14, 228 mit dem Grundsatz meint, „daß Verzichte im Zweifel im engeren Sinne zu verstehen sind“, daß also ein wirklicher Rechtsverzicht zunächst nicht vermutet werden soll.

2) Gierke in IheringsJ. 35, 279, ähnlich im H.W.B. 386, gemäß der Entscheidung des Reichsgerichts 26, 153 f., und Seufferts Arch. 37 Nr. 128. — Im übrigen reichliche Literaturangaben bei Rosin 442—443.

Rechte behandelt werden, entspricht die Gebundenheit der Universalsuccessoren durch eine über sie getroffene Verfügung der Rechtskonsequenz.“ Das widerspricht nicht dem, daß beim Rechtsverzicht die Stellung des Allodialerben ganz gleich der des Nichterben ist. Dort liegt in dem Verzicht keine Verfügung über das Recht des Erben, da der Besitzer gar keine Macht hat, dessen Recht zu zerstören, und andererseits der nun besitzende Fideikommißfolger kein Recht des Verzichtenden, sondern ein eigenes hat, das der Allodialerbe anerkennen muß, auch wenn er die Erbschaft ausschlägt. — Der Erbe, gleichgültig ob Nachkomme des Vorbesitzers, muß also dessen dingliche Belastungen, obwohl sie jetzt nichtig sind, gelten lassen. In die persönlichen Verpflichtungen, die der Erblasser für ihn eingegangen ist, und die nicht nichtig sind, muß er eintreten. Dies gilt aber immer nur, wenn der Verzichtende ausdrücklich den Verzicht auf die Erben erstrecken wollte.

Anders in Partikularrechten, wo sich die Rechte der Anwärter schon eher als „Ausflüsse der Mitgliedschaft in einer irgendwie organisierten Familie“, als genossenschaftliche Sonderrechte darstellen. Da ist es meist auch unbestritten, daß der Allodialerbe niemals an Verfügungen des Vorbesitzers gebunden ist[1]). Hier kann also der Ausübungsverzicht den Descendenten auch keinen materiellen Nachteil bringen.

Pfaff-Hofmanns Resultat, daß der Verzicht mit dem Tode dieses oder jenes — des Inhabers oder des Begünstigten — zu wirken aufhöre und daß hierbei dem Tode jedes Ereignis gleichsteht, durch welches der eine unfähig wird, Inhaber, bezw. der andere Anwärter zu sein, ist demnach nur für die Partikulargesetze mit geteiltem Eigentum zu acceptieren; für das gemeine Recht ist die Einschränkung, daß der Verzicht

1) So z. B. im preuß. Recht auf Grund von ALR. II, 4 § 79. — Bayr. Fid.-Ed. § 52.

eventuell für die Allodialerben wirksam sein kann, hinzuzufügen.

3. Der Verzicht des Fideikommißbesitzers auf den Vorrang vor anderen Anwärtern.

§ 14.

Es ist oben (§ 11) gezeigt, daß der Fideikommißbesitzer die Absicht, Besitz und Verwaltung aufzugeben, ohne aus dem Kreise der Anwärter zu scheiden, in allen Rechten, die den Gedanken der successio ex pacto et providentia maiorum konsequent ausgeführt haben, nur auf dem Wege durchsetzen kann, daß er auf die Ausübung verzichtet. Es ist nicht zu leugnen, daß dieser Weg nur ein Ausweg ist, daß er leicht zu unklaren Rechtsverhältnissen führt, und daß er schließlich dem Willen des Verzichtenden doch nicht ganz gerecht wird, da ihm infolge der Eintragung im Grundbuche noch viel Arbeit und Verwaltung bleiben kann. Der Grund dazu liegt in dem herrschenden Einfluß des Stifterwillens, der durch Setzung der Successionsordnung an einen der Anwärter, und zwar immer an den jeweils nächsten unter ihnen, das Gut bindet und ihn nur freiläßt, wenn er sich auch seines Anwartschaftsrechts entledigt. — Diese Uebermacht des Willens eines längst Verstorbenen mag den modernen Anschauungen schlecht entsprechen, es mag richtiger sein, den Individuen mehr Freiheit und Selbstbestimmung zu lassen. Und insofern mag es berechtigt sein, daß die neuen mecklenburgischen Gesetze, sowie das sächsische Gesetz den gemeinrechtlichen Boden verlassen haben. Aber man muß sich eben klar machen, daß man dann mit einem Grundprinzip des alten Fideikommißrechts gebrochen und etwas absolut Neues eingeführt hat.

Das Recht des Besitzers besteht hier aus zwei selbständigen Teilen. Es hat nicht eine Verschmelzung des Anwartschafts-

rechts mit dem Besitzrecht stattgefunden, als er zur Succession kam, sondern das Anwartschaftsrecht ist geblieben, wie es war, und neben ihm steht der Inbegriff von Eigentumsbefugnissen, die ihm nun als dem Inhaber zukommen. Es liegt in der Macht des Besitzers, diese Eigentumsbefugnisse von seiner Person abzulösen; und damit ist dann bereits eine Fideikommißerledigung gegeben. Das Successionsrecht des nächsten Anwärters, das sich bei dieser Konstruktion lediglich auf Erlangung der Nutzbefugnisse richtet, kommt dadurch zu seiner Erfüllung. Dem Verzichtenden ist aber sein Anwartschaftsrecht geblieben, und je nachdem er nur zu Gunsten des Nächsten oder auch zu Gunsten weiterer Anwärter verzichtet hat, bestimmt sich seine Stellung in der Reihe der Berechtigten. Er tritt also an eine ganz andere Stelle, als ihm nach der stifterischen Successionsordnung zukäme. Hat er z. B. nur auf den Vorrang vor dem nächsten Anwärter verzichtet, so ist er jetzt nächster Anwärter geworden und erlangt nach dessen Tode wieder den Besitz. Allerdings tauchen hier viele Fragen auf, die von den Gesetzen, die diese Art des Verzichts geschaffen haben, nicht beantwortet werden. Insbesondere ist es sehr zweifelhaft, ob in dem zweiten Successionsfalle der Verzichtende wieder berufen wird, wenn dem Vorbesitzer nähere Anwärter vorhanden sind. Nach allgemeinen Regeln richtet sich die Nachfolge nach der Nähe zum letzten Besitzer. Wenn nun jemand lediglich zu Gunsten seines Bruders verzichtet hat, und nun nach dem Tode des Begünstigten nachfolgefähige Söhne dieses vorhanden sind, so läßt sich nach den Gesetzen nicht sagen, ob die allgemeine Regel Platz greift, oder ob der Wille des Verzichtenden, nur zu Gunsten dieses einen zurückzutreten, beachtet wird. Wir halten es für richtiger, der allgemeinen Regel zu folgen. — Eine noch verwickeltere Frage entsteht in folgenden Fällen: dem Verzichtenden selbst werden nach dem

Verzicht Söhne geboren; sein Verzicht hatte sich nicht auf die Abkömmlinge erstreckt; wenn sich der Verzicht auf den Vorrang nicht auf die Abkömmlinge erstreckt, so bleibt den Abkömmlingen der Vorrang vor dem Begünstigten. Die Folge muß dann sein, daß mit der Geburt eines Sohnes des Verzichtenden der Begünstigte sein Besitzrecht verliert, und der Sohn herankommt. Es tritt also durch dessen Geburt ein Successionsfall ein! Ob dies wirklich die Absicht der Gesetze ist?

In Mecklenburg (Schwerin §§ 138 Abs. 4, 137 Abs. 5; Strelitz §§ 135 Abs. 4, 134 Abs. 5) soll diese Art des Verzichts im Zweifel sogar als gewollt angesehen werden. Der Verzicht, der auch das Anwartschaftsrecht mitumfaßt, muß also ausdrücklich erklärt werden. Wenn das nicht geschehen ist, so tritt der Verzichtende nur hinter alle übrigen Anwärter zurück. Dort wie in Sachsen (§§ 73, 72 Abs. 3) gilt er zunächst nur als zu Gunsten der etwa vorhandenen nachfolgefähigen Geschwister erfolgt.

Ueber die Erstreckung der Wirksamkeit des Verzichts auf die eigenen Abkömmlinge gilt dasselbe, was oben § 10, bei Gelegenheit des völligen Verzichts über Mecklenburg und Sachsen gesagt ist.

Auch hinsichtlich der Form gilt das Gleiche. Mecklenburg, in ziemlich sklavischer Abhängigkeit von dem Erbverzicht des BGB., fordert auch hier einen Vertrag, Sachsen läßt dagegen eine einseitige Erklärung zu, in der Erkenntnis, daß das dem Folger erwachsende Successionsrecht zwar durch den Verzicht ausgelöst, nicht aber durch ihn geschaffen ist, daß es vielmehr auf den Stifter zurückgeht, der dem Folger auch das Anwartschaftsrecht gegeben hatte [1]).

1) Polenske 54 will diesen Verzicht auf den Vorrang auch in das hessische Recht „hineinlesen". Wir halten das für unberechtigt. „Nachfolger" und „Anwärter" sind ganz gleichbedeutend gebraucht im hessischen

IV. Das Ergebnis.

§ 15.

Im Anfang dieser Arbeit hatte ein Blick auf die Behandlung des Verzichts in der Literatur gelehrt, daß ein einheitliches Bild aus ihr nicht zu gewinnen ist. Widersprechende Auffassungen stehen sich gegenüber, ohne doch durch tiefere Begründung sich gegenseitig geklärt zu haben. Es ist deshalb versucht worden, ohne unmittelbare Anlehnung an die bisherige Verzichtslehre, von den allgemeinen Grundlehren des Fideikommißrechts aus, den Verzicht auf das Familienfideikommiß darzustellen. Wenn es nicht möglich ist, direkt aus den Quellen das Ergebnis zu finden, so wird nun das Ergebnis dazu beitragen, die Literatur und die neuere Gesetzgebung zu verstehen.

Es fand sich:

1) Der Fideikommißbesitzer kann auf das Fideikommiß verzichten im strengen Sinne des Wortes: er kann sein Recht völlig zerstören. Dazu genügt ein einseitiger Akt. Die Wirkung des Verzichts ist der Eintritt des Nachfolgers aus eigenem Recht, ohne daß dadurch die Succeſſionsordnung verwirrt, oder die Rechte lebender oder künftiger Anwärter betroffen werden. — Diese Regelung entspricht auch dem praktischen Bedürfnis in den Fällen, in denen der Wille des Verzichtenden wirklich auf völlige Loslösung vom Fideikommiß gerichtet ist. Wenn ihm ein solcher Verzicht nicht möglich wäre, wie Pfaff-Hofmann und ihre Anhänger wollen, so würde er trotz dieses Willens Berechtigter bleiben. Er würde im Grundbuch stehen und daher bei allen dinglichen Rechtsgeschäften unentbehrlich sein. Seine Vorteile dürfte er aufgeben, seine Pflichten müßte

---

Gesetz. Sagt doch Art. 15 ausdrücklich: „Das Eigentum steht dem jedesmaligen Besitzer . . . und den übrigen zur Nachfolge Berechtigten (den Anwärtern) gemeinschaftlich zu."

er behalten [1]). Wie ein Fluch würde ihm das Fideikommiß wider seinen Willen anhaften ohne Möglichkeit, es vor dem Tode los werden zu können!

2) Der Fideikommißbesitzer kann aber auch, und zwar nur durch Vertrag, einem Anwärter die Ausübung seiner Rechte, wenigstens zum größten Teil, überlassen. Auch dann pflegt man von einem Verzicht zu sprechen, obwohl in Wahrheit kein Recht untergeht. Die Succession tritt dann nicht mit dem Verzicht, sondern erst mit dem Tode des Verzichtenden ein, der überhaupt seine Stellung als Fideikommißbesitzer nicht völlig aufgegeben hat. — Hierdurch wird dann allerdings jene Lage geschaffen, die nach der Pfaff-Hofmannschen Ansicht immer, bei jedem Verzicht eintritt: der Verzichtende verliert Rechte, behält Pflichten. Indessen, obgleich solche Regelung besser vermieden wäre, so unbillig ist sie nicht. Hier herrscht die Begünstigungsabsicht des Verzichtenden vor, und hier will er für eventuelle Fälle sich den Genuß wieder sichern. Wer aber zum Fideikommißbesitz kraft Successionsordnung berufen ist, der ist damit auch an Pflichten gebunden, von denen er nur frei wird, wenn er sich durch einen Rechtsverzicht ganz löst. Indem er sich aber Rechte vorbehält und andere Gedanken als bloße Rechtsvernichtung verfolgt, stellt er Ansprüche, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, daß ihm auch gewisse Pflichten und Lasten bleiben. — Aber gerade hieraus scheint ein neuer Beweis zu folgen, daß ein

1) Preußische „Begründung" 157. — Es handelt sich nicht etwa nur um Pflichten, die im „Entwurf" erst geschaffen sind, wie Polenske 52/53 meint. Die „Begründung" verweist hier allerdings auf die vom Entwurf geschaffene Schuldenhaftung des § 71, aber nur um ein Beispiel anzuführen. — Auch mit dem Satz, daß der vor dem bösen Tropfen geschützt werden müsse, der den guten entbehrt, läßt sich hier nichts ausrichten. — Solange der Fideikommißbesitzer im Grundbuch steht, trifft ihn der böse Tropfen, auch wenn er auf den guten verzichtet hat. — Ist er aber nicht mehr eingetragen, so kann man von ihm nicht mehr als dem Berechtigten sprechen.

völliger Rechtsverzicht, der mit den Pflichten auch die Rechte nimmt, notwendig erlaubt sein muß.

3) Abweichend von dem bisherigen Recht ist durch die neuesten Gesetze Mecklenburgs und Sachsens eine dritte Art des Fideikommißverzichts geschaffen, die sich neben die zu 1) und 2) genannten stellt; das ist der Verzicht auf den Vorrang. Er beläßt dem Verzichtenden das Anwartschaftsrecht und gibt ihm die Möglichkeit, unter Umständen wieder zu succedieren, in der Zwischenzeit aber nur Anwärter, nicht Besitzer zu sein. Solch ein Verzicht verstößt gegen das bisherige Recht in seinen Grundsätzen. Vor dem Inkrafttreten der genannten Gesetze existierte er nicht, wenn auch Ansätze zu seiner Ausbildung sich bereits gezeigt hatten, da er den modernen Anschauungen mehr gerecht zu werden scheint.

Die ältere Literatur stimmt nun genau mit dem hier gefundenen Ergebnis für das gemeine Recht und die ihm folgenden Partikularrechte überein. Die Formen zu 1) und zu 2) finden sich auch in ihr.

Knipschildt spricht im XVI. Kapitel seines Buches (N. 119—132) eingehend von dem Verzicht als einem Fall, durch den ein „amittere fideicommissum“ eintritt. Davon ist schon gesprochen. Von einer renunciatio in favorem alicuius ist bei ihm nicht die Rede; aber dieselbe Erscheinung, die hier als Verzicht zu Gunsten eines Anwärters besprochen wurde, trifft man bei ihm als Veräußerung an einen Anwärter. Er behandelt sie ausdrücklich anders als die an einen extraneus. Während diese eine Rechtsverwirkung des Besitzers herbeiführt, so daß der nächste Anwärter sofort die rei vindicatio anstellen kann, kann jene erst nach dem Tode des Veräußernden von dem dann Nächsten angefochten werden (XI, 431). Bis dahin ist also der Begünstigte ausübungsberechtigt, obwohl der Veräußerer sein Recht der Substanz nach nicht verliert, was

daraus hervorgeht, daß sein Tod für die Succession entscheidend ist. Möglich ist dieses Rechtsverhältnis nur auf Grund eines Veräußerungsvertrages. Man sieht: genau entsprechend dem sog. „Verzicht zu Gunsten eines Anwärters“. Wenn die Veräußerung an den Nächsten geschieht und dieser beim Tode des Besitzers auch noch der Nächste ist, so gleicht die tatsächliche Lage einigermaßen der bei einem wirklichen Verzicht. Daher nennt Knipschildt diese Veräußerung „potius cessio quaedam sive renunciatio“ (XI, 432).

Pfaff-Hofmann — Exkurse 2, 241 — benutzen diese Lehre von der Veräußerung an einen Anwärter für sich, ohne zu erwähnen, daß Knipschildt diesen Fall gar nicht Verzicht nennt und daß er außerdem ausführlich von einem wahren Verzicht spricht.

Auch die von ihnen — Exkurse 2, 242 — als allzu künstlich verworfenen Unterscheidungen des Bonfinius gewinnen von unserem Ergebnis aus mehr Verständnis. Wenn man von einer „renunciatio abdicativa et abstensiva“ hört, welche den Verzichtenden „de medio tollit, ac si mortuus esset“, und für den Nächstberufenen Platz mache, — wenn dann dem gegenübergestellt wird die „renunciatio translativa“, die nur eine „translatio simplicis commoditatis percipiendi fructus durante vita renunciantis“ herbeiführe, so liegt darin eine völlige Uebereinstimmung mit dem einseitigen Rechtsverzicht und dem vertragsmäßigen Verzicht auf die Ausübung.

Ohne daß ein Zweifler auftaucht, herrschte diese Auffassung. Der Rechtsverzicht wird als ein zwar seltener, aber anerkannter Erledigungsfall genannt. Und wie schon Knipschildt hervorgehoben hatte, daß „in dubio non esse renunciatum, pronunciandum esse verius est“ (XVI, 132, siehe aber oben § 13 II Anm.), so betont auch Kreittmayr, daß durch

die Renunziation zwar das Recht erlösche, „welches man jedoch in dubio nicht präsumiert“ (III, c. X, § XXII, n. 1). Die Veräußerung inter familiam ist im Gegensatz zu der an einen extranens für die Lebenszeit des Veräußernden gültig (§ XXIV, n. 2).

Die rechtszerstörende Wirkung des wahren Verzichts betonen auch Wildner (S. 236) und Salza (S. 179/180). Wildner hebt als wesentliches Merkmal hervor, daß die Verzichtleistung bloß „die Erklärung enthält, das Fideikommiß nicht mehr haben zu wollen, ohne den Willen auszudrücken, auf wen der Genuß kommen soll; dadurch unterscheidet sie sich von der Veräußerung“. Bei dieser macht allerdings weder er noch Salza noch überhaupt die nun folgende Literatur einen Unterschied, ob sie an einen Anwärter oder an einen beliebigen Dritten geschieht. Das beruht darauf, daß man nun die Revokationsklage überhaupt erst zuließ, wenn der Revozierende zur Succession gelangt war, eine Ansicht, die ja auch das Preußische ALR. vertrat. Dem Ausübenden gibt Wildner (S. 280—282) das gleiche Recht wie dem Fideikommißinhaber, macht aber so viele Ausnahmen, in dem er ihm das Verschuldungsrecht, die Rechte aus dem Obereigentum und das Recht, im öffentlichen Buch als Besitzer zu erscheinen, abspricht, daß ihm in Wahrheit höchstens ein Nießbrauchsrecht zusteht. Eine Eintragung als Ausübungscessionar läßt er zu. — Der zweite österreichische Monograph des Fideikommißrechts, Gspan, spricht (§ 404, S. 213/214) nur von einem Verzicht des Anwärters. Ganz richtig läßt er den unbedingt Verzichtenden aus dem Rechtsverhältnis überhaupt heraustreten. Daneben kennt er einen bedingten Verzicht zu Gunsten eines Anwärters, der einem Tausch der Successionsnähe gleichkommt. Daß sich ein derartiges Rechtsgeschäft nicht mit der successio ex pacto vereinen kann, ist oben gezeigt, und für das österreichische

Recht treffen Gspans Ausführungen daher nicht zu. Sie verdienen aber Interesse, weil hier zuerst die Form des Verzichts erwähnt ist, die erst in den allerjüngsten Partikulargesetzen zu Recht geworden ist.

Auch das ist bemerkenswert, daß der erste Widerspruch, den die hier entwickelte Lehre vom Verzicht in der Literatur findet, mit dem Auftauchen des „Verzichts zu Gunsten eines anderen" im Fideikommißrecht zusammenfällt. Denn dieser Begriff ist es erst, der in die Verzichtslehre Verwirrung gebracht hat, weil ein translativer Verzicht eine contradictio in adiecto enthält [1]).

Bei Lewis ist zunächst der Verzicht ein Erledigungsfall; und ebenso richtig erklärt er einen Verzicht zu Gunsten eines Anwärters als Veräußerung. Da er bei dieser (S. 243) annimmt, daß erst nach dem Tode des Veräußerers der Successor als Eigentümer die Revokationsklage anstellen könne, müßte man schließen, daß er wie Knipschildt den schlechtweg erklärten Verzicht von einer Veräußerung an einen Anwärter streng scheidet. Indem er aber (S. 455) den Verzicht als stillschweigend zu Gunsten des nächsten Anwärters abgegeben auffaßt, zerstört er den klaren Unterschied. Und dabei hat gerade er (S. 244) als wesentlich für den Verzicht bezeichnet, daß keine Absicht der Rechtsübertragung vorhanden ist. Weil er ihn nun trotzdem als Veräußerung betrachtet, durch die der „Begünstigte" von dem Rechte des Verzichtenden zu zehren und nicht aus eigenem Rechte zu besitzen scheint, verlangt er (S. 455), daß die Allodialerben den Verzicht anerkennen müssen, die Nichterben aber nach dem Tode des Renunzianten ihn anfechten können. Indem er so einerseits (S. 244 u. 454) durch den Verzicht Eigentum auf den Nächstberechtigten übergehen läßt, soll doch andererseits (S. 234 u. 455) der Tod des Verzichten-

1) Pfaff-Hofmann, Exkurse 2, 287.

den für die Nachfolge in Betracht kommen. Diese Ansichten sind unvereinbar.

Pfaff-Hofmann gehen noch weiter. Sie erkennen die Inkonsequenz bei Lewis, und statt zur früheren Lehre zurückzukehren, behandeln sie den Fall, der bisher mit vollem Recht allein „Verzicht" genannt wurde, als unpraktisch und selten, den Verzicht zu Gunsten aber als Hauptsache. Ihr Resultat, unterstützt und ergänzt von Rosin, ist für diese letztere Art des Verzichts im Ganzen als richtig erkannt worden, seine Ausdehnung auf den einseitigen „wahren" Verzicht konnte nicht gebilligt werden, weil sie mit der Natur des Fideikommißrechts und mit der älteren Literatur im Widerspruch steht.

Polenske endlich führt den Gedanken, daß der Verzicht in allen Fällen sich nur auf die Ausübung beziehe, noch weiter durch, teilt dabei aber das Recht des Besitzers wie jedes Anwärters in die beiden gesonderten Stücke, das Successionsrecht und das Revokationsrecht, und unterscheidet demgemäß einen Verzicht, der die Ausübung beider Teile umfaßt und der unserem Rechtsverzicht entspräche, und einen Verzicht nur auf die Ausübung des Successionsrechts, der unserem Ausübungsverzicht zu vergleichen wäre. Der Vorrangverzicht der Partikulargesetze wäre dann als Verzicht quoad ius auf das Successionsrecht aufzufassen, und hierin besteht dann eine Uebereinstimmung mit der Erklärung, die wir der Regelung dieser Gesetze gegeben haben. Daß aber die Ansicht Polenskes nicht auf das frühere Recht ausgedehnt werden kann, ergibt sich daraus, daß sie der Successionsordnung eine faktisch untergeordnete Stellung anweist, weil sie nur noch einen Scheineigentümer benennt, während Polenske, gerade wie Pfaff-Hofmann, seine Theorie damit verteidigt, daß nur sie die Successionsordnung unversehrt lasse. Im übrigen sprechen gegen Polenske auch alle anderen Gründe, die gegen Pfaff-Hofmann angeführt sind, ins-

besondere der, daß bei rechter Auffassung der Successionsordnung ein wirklicher gesamtzerstörender Verzicht zulässig sein muß und daher kein Anlaß besteht, zu dem dürftigen und verwirrenden Ausweg des Ausübungsverzichts zu schreiten.

Auch aus der Rechtsprechung lassen sich Anhaltspunkte für das hier gefundene Ergebnis gewinnen. Das Reichsgericht hat einmal (Gruchots Beiträge 24, 1040 f.) entschieden, daß durch den Verzicht die Begünstigten nicht aus eigenem Recht, sondern nur für den Verzichtenden, „lediglich in Ausübung der ihnen für dessen Lebenszeit übertragenen Befugnisse" besitzen. Ein Successionsfall tritt nicht mit dem Verzicht, erst mit dem Tode ein. — An anderer Stelle (Entscheid. 14, 226 ff.) hat es dann ausdrücklich mit Bezug auf das Lehnrecht entschieden, daß solch Ausübungsverzicht nur als das Normale im Zweifel anzunehmen ist, daß aber auch ein Verzicht möglich ist, durch den der Besitzer omnino aus dem Verbande der Berechtigten ausscheidet, so daß damit schon der Nachfolgefall gegeben ist.

In der letzterwähnten Entscheidung klingt schon der Gedanke eines Verzichts auf den Vorrang durch. Das Prinzip der successio ex pacto et providentia maiorum, das aus manchen Gründen (siehe oben § 1) an Macht verlor, kam nicht mehr gehörig zum Bewußtsein. Der Wille des Stifters wurde schwächer gegenüber dem Willen der lebenden Anwärter. Und daher findet sich, schon ehe der Vorrangverzicht als Abart des Erbverzichts in Gesetzbücher aufgenommen wurde, zuweilen ein Ansatz zu seiner Ausbildung. Außer den erwähnten Bemerkungen Gspans ist Dorner hier zu nennen, der (S. 401) neben dem auf völliges Ausscheiden gerichteten Verzicht noch einen Verzicht kennt, durch den man auf das bessere Recht verzichtet, „aus der Stellung eines erstgeborenen in die eines nachgeborenen Sohnes einrückt". Da das badische Gesetz den Vorrangverzicht nicht kennt, so paßt diese Bemerkung

Dorners nicht auf das badische Stammgut, für das sie gemeint war.

Wohl aber würde sie das Richtige treffen, wenn sie sich auf Sachsen und Mecklenburg bezöge. Hier gibt es den Rechtsverzicht, der trotz Pfaff-Hofmann übrigens in allen neuen Gesetzen zu finden ist, auch im preußischen „Entwurf", und daneben den Verzicht auf den Vorrang, der nur einen Teil des Rechts vernichtet. Ein Ausübungsverzicht, der auch hier von Vorteil sein könnte, falls der Verzichtende einen anderen als den nächsten Anwärter begünstigen wollte, wird hier nicht besonders anzunehmen sein, wie er überhaupt als eine besondere Art seit dem Inkrafttreten der neuen Reichsgesetzgebung seine Bedeutung verloren hat. Doch bleibt es dem Besitzer natürlich unbenommen, für einen weiteren Anwärter einen Nießbrauch zu bestellen. Im Leben wird schließlich auch der Nießbraucher, der selbst Anwärter ist und als Glied der bewidmeten Familie für den splendor familiae wirken kann, eine soziale Position einnehmen, die höher steht als die eines Nießbrauchers, der nicht zur Familie gehört.

Von besonderer Wichtigkeit wird die Nießbrauchbestellung an einen Anwärter im preußischen „Entwurf" sein[1]), da derselbe, konsequent an dem klassischen Fideikommißrecht festhaltend, nur einen Rechtsverzicht, nicht einen Vorrangsverzicht kennt; denn der Besitzer, der Besitz und Verwaltung abgeben, aber ein Mitbestimmungsrecht über das Gut behalten will, ist nun auf dieses Mitel angewiesen.

1) v. Koeller, Kreuzzeitung 1903, Nr. 380, VII N. 4.

Literaturverzeichnis.

Becher, Die Ausführungsgesetze zum BGB., Bd. 1 u. 2, 1901; Ergänzungsband, 1902.
Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 1, 1886.
— Zur Lehre vom Rechtssubjekt, in IheringsJ., Bd. 12 S. 1 ff.
Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts [4] 1885.
Bluntschli, Deutsches Privatrecht [3] 1860.
Brunner, Art. „Familienfideikommiß", in von Holtzendorffs Rechtslexikon [3], Bd. 1 S. 792 ff., 1880.
Cohn, Erlaß u. Verzicht nach dem BGB., in Gruchots Beitr., Bd. 47 S. 221 ff., 1903.
Dernburg, Lehrb. d. Preuß. Privatr. und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. 1 [5], 1894.
Dorner, Das Badische Ausführungsgesetz z. BGB. mit Erläut., 1902.
Eck, Art. „Verzicht", in v. Holtzendorffs Rechtslexikon [3], Bd. 3, 1881.
Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehnrechts [5], 1829.
Entwurf = „Vorläufiger Entwurf eines Gesetzes über Familienfideikommisse" nebst „Begründung", 1903.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 4 [7], 1897.
Foerster, R., Handbuch des formellen Grundbuchrechts, 1900.
Fuchs, Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB. und zur Grundbuchordnung, Bd. 1: Materielles Grundbuchrecht, 1902.
v. Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechts [17], 1895.
Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895; Bd. 2, 1905.
— Grundzüge des deutschen Privatrechts, in v. Holtzendorffs-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft [6], Bd. 1, 1904.
— Art. „Fideikommiß (Geschichte und Recht)", im Handwörterbuch der Staatswissenschaften [2] 1900 (H.W.B.), Bd. 3 S. 880 ff. —
— Die Stellung des künftigen BGB. zum Erbrecht in ländlichen Grundbesitz, in SchmollersJ. 12. Jahrg., S. 401 ff., 1888.
— Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen: 4) Lehnrecht und Recht der Haus- u. Stammgüter, in IheringsJ., Bd. 35 S. 261 ff., 1896.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 24, 1880.
Gspan, Abhandlung über die Fideikommisse, nach dem Oesterr. Gesetz, 2 Bde, 1842.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.
Knipschildt, De fideicommissis familiarum nobilium, sive de bonis, quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur — von Stammgütern — tractatus, Ulm 1654.

Koch, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen [3] 1862.
v. Koeller, Gedanken zu dem vorläufigen Entwurf eines Gesetzes über Familienfideikommisse, in der Kreuzzeitung, August 1903.
Krainz, System d. Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, 1894.
v. Kreittmayr, Anmerkungen über den „Codicem Maximilianeum bavaricum civilem . . . 3 Teil, neue Auflage, 1821.
Lewis, Das Recht des Familienfideikommisses, 1868.
Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. 1 [7], 1847.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts, 1. Jahrg., Bd. 1, 1904.
Oertmann, Bayrisches Landesprivatrecht, 1903.
Pfaff und Hofmann, Kommentar zum Oesterreichischen Allgemeinen BGB., Bd. 2, 1877.
— — Exkurse über Oesterreich. Allg. Bürgerliches Recht. Beilagen zum Kommentar, Bd. 2, 1878.
Polenske, Beiträge zur Lehre vom deutschen Fideikommißerbrecht. Inaug.-Diss. Berlin, 1904.
Rosin, Beiträge zum Recht der revokatorischen Klage bei Familienfideikommissen und hochadligen Hausgütern, in JheringsJ., Bd. 32 S. 323 ff., 1893.
Roth, Bayrisches Civilrecht, 2. Teil, 1872.
v. Roth, System des deutschen Privatrechts, 3. Teil, 1886.
v. Salza und Lichtenau, Die Lehre von Familien-, Stamm- und Geschlechtsfideikommissen nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts, 1838.
Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts, 1887.
Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, in der Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin für Koch, 1903.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 13, 29, 37.
Stahl, Denkschrift über Fideikommißrecht und Fideikommißwesen im Gebiet des ehemaligen Kurhessen, 1902.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 5 [1] u. [2], 1885.
Stobbe-Lehmann, Bd. 2, 3. Aufl. des vorigen, 2 Halbbände, 1896, 1897.
Weber, Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts nach den Grundsätzen Georg Ludwig Böhmers, 4. Teil, 1811.
Weiskes Rechtslexikon, Bd. 12.
Wildner, Das Fideikommißrecht nach dem Oesterreichischen Allgemeinen BGB., 1835.
Wolff, Die Neugestaltung des Familienfideikommißrechts in Preußen, 1904.

VIII.

Das sogenannte „Prinzip der Selbständigkeit des Vormundes“.

Von Professor Dr. **W. von Blume** in Halle a. S.

„Das Vormundschaftsgericht ist nicht befugt, dem Vormund in Zweckmäßigkeitsfragen leitende Anweisungen zu erteilen oder seine eigene Ansicht an die Stelle der Ansicht des Vormundes zu setzen“, so sagen die Motive (4, 1025 fg.) und die Denkschrift zur Reichstagsvorlage (S. 301) und nach ihnen Kommentare und Entscheidungen[1], als handle es sich um einen feststehenden Rechtssatz, als sei der Wille des Gesetzes in diesen Worten zu unzweideutigem Ausdruck gelangt[2].

Die theoretischen und praktischen Folgerungen, die sodann aus diesem Satze hergeleitet werden, sind befremdlich.

Mitvormünder führen die Vormundschaft gemeinschaftlich. Bei einer Meinungsverschiedenheit entscheidet das Vormund-

---

1) Vergl. statt vieler die Kommentare von Planck-Unzner, Vorbemerkung 2c zu Abschn. III des VI. Buches, S. 514; Staudinger-Engelmann (2. Aufl.), Vorbemerkung 2c zu Abschn. III, S. 987, sowie die Entscheidungen des Kammergerichts im OLGRspr. 1, 366; 8, S. 126 u. 422.

2) So bemerkt der Staudinger-Engelmannsche Kommentar, 2. Aufl. (Anm. 1c zu § 1837), gegen die abweichende Ansicht Dernburgs, sie stehe „mit dem Willen des Gesetzgebers (s. Mot. 4, 1025 ff.)“ in Widerspruch.

schaftsgericht (§ 1797). Aber, sagen die Motive (4, 1094), es darf bei seiner Entscheidung nur der einen oder anderen Meinung beitreten, auch wenn es beide für dem Mündel nachteilig hält. Denn es darf ja dem Vormund in Zweckmäßigkeitsfragen keine Weisungen geben. Also muß das Vormundschaftsgericht eine Meinung, die es für unrichtig hält, für richtig erklären — das Prinzip will es! „Das wäre ein kläglicher Vormundschaftsrichter, der so verfahren würde", meint dagegen Dernburg (Deutsches Familienrecht, S. 336, Anm. 3). Ich möchte hinzufügen: beklagenswert wären die Mündel, wenn das Gesetz wirklich durch derartige Bestimmungen ihr Wohl zu fördern suchte. Trotzdem folgt die große Mehrzahl der Ausleger des Gesetzes auch in dieser Hinsicht den Motiven [1]).

Bedenklicher noch ist die Art, wie der vorgeführte Satz von der Rechtsprechung verwendet wird.

Dem Vormund fällt es ein, die Mündelin der Tante, bei der sie erzogen wurde, wegzunehmen. Das Kind wehrt sich aufs heftigste dagegen; Waisenrat und Vormundschaftsgericht halten dafür, daß es für das Kind besser sei, in der bisherigen Pflege zu bleiben. — Das Kammergericht entscheidet, daß der Wille des Vormundes maßgebend sei (OLGRspr. 1, 366).

Die Vormünderin richtet die Erziehung des Kindes so ein, daß die Fortführung der Erziehungsweise Ausgaben verursachen muß, die die Verhältnisse des Mündels überschreiten. Das Kammergericht verbietet dem Vormundschaftsgericht, einzuschreiten, ehe es sich herausgestellt habe, daß die Vormünderin Mündelvermögen verschwende (RJA. 1, 179).

Dem Mündel steht ein Anspruch zu, der in Gefahr ist, zu verjähren. Das Vormundschaftsgericht weist den Vormund an, den Anspruch rechtzeitig einzuklagen. Das Kammergericht er-

1) Vergl. Staudinger-Engelmann, Anm. 4, b, α zu § 1797.

klärt das für unzulässig; denn der Vormund hat in bloßen Zweckmäßigkeitsfragen selbständig zu entscheiden (OLGRspr. 7, 126).

Hiernach müßte der Vormundschaftsrichter mit verschränkten Armen zusehen, wie der Vormund den Mündel zu Schaden bringt; er müßte sich darauf beschränken, den Brunnen zuzudecken, wenn das Kind hineingefallen ist? „Nein", sagen die Ausleger des Gesetzes: „der § 1886 räumt ihm vielmehr die Befugnis ein, wenn die Fortführung des Amtes durch den Vormund die Interessen des Mündels auch nur gefährdet, den Vormund zu entlassen"[1]).

Eine juristische Technik, die befremden muß! Mit einem Befehle könnte das Vormundschaftsgericht verhindern, daß der Vormund einen Fehler begeht. Aber das darf es nicht, um des Prinzipes willen. Sondern es muß den Vormund, der bis dahin seine Aufgabe gut erfüllt hat, entlassen, nur weil er in dieser einen Angelegenheit blind oder dickköpfig handelt. Sollte das wirklich die Meinung des Gesetzes sein?

Hiergegen hat zuerst Dernburg[2]) lebhaften Widerspruch erhoben, ich bin ihm darin gefolgt, allerdings — wie noch zu zeigen sein wird — mit einer nicht unerheblichen Abweichung[3]); neuestens hat E. Josef[4]) die oben erwähnten und andere Entscheidungen, die jenes Dogma zum Ausgangspunkte nehmen, angegriffen und versucht, in dem irreführenden Ausspruch der Verfasser des Gesetzbuchs das Richtige vom Unrichtigen zu scheiden.

---

1) Planck-Unzner, Anm. 1 zu § 1837; Staudinger-Engelmann, Anm. 1b zu § 1837.

2) Deutsches Familienrecht (Das bürgerliche Recht, Bd. 4), § 121 (S. 384 fg.).

3) In meinem Kommentar zum Vormundschaftsrecht (Bd. 4 des Heymannschen Kommentars zum BGB.), Vorbemerkung 2 zu Unter-Abschn. III (S. 86) und Anm. 1 zu § 1837.

4) Civ. Arch. 97, 108 fg.

schaftsgericht (§ 1797). Aber, sagen die Motive (4, 1094), es darf bei seiner Entscheidung nur der einen oder anderen Meinung beitreten, auch wenn es beide für dem Mündel nachteilig hält. Denn es darf ja dem Vormund in Zweckmäßigkeitsfragen keine Weisungen geben. Also muß das Vormundschaftsgericht eine Meinung, die es für unrichtig hält, für richtig erklären — das Prinzip will es! „Das wäre ein kläglicher Vormundschaftsrichter, der so verfahren würde", meint dagegen Dernburg (Deutsches Familienrecht, S. 336, Anm. 3). Ich möchte hinzufügen: beklagenswert wären die Mündel, wenn das Gesetz wirklich durch derartige Bestimmungen ihr Wohl zu fördern suchte. Trotzdem folgt die große Mehrzahl der Ausleger des Gesetzes auch in dieser Hinsicht den Motiven [1]).

Bedenklicher noch ist die Art, wie der vorgeführte Satz von der Rechtsprechung verwendet wird.

Dem Vormund fällt es ein, die Mündelin der Tante, bei der sie erzogen wurde, wegzunehmen. Das Kind wehrt sich aufs heftigste dagegen; Waisenrat und Vormundschaftsgericht halten dafür, daß es für das Kind besser sei, in der bisherigen Pflege zu bleiben. — Das Kammergericht entscheidet, daß der Wille des Vormundes maßgebend sei (OLGRspr. 1, 366).

Die Vormünderin richtet die Erziehung des Kindes so ein, daß die Fortführung der Erziehungsweise Ausgaben verursachen muß, die die Verhältnisse des Mündels überschreiten. Das Kammergericht verbietet dem Vormundschaftsgericht, einzuschreiten, ehe es sich herausgestellt habe, daß die Vormünderin Mündelvermögen verschwende (RJA. 1, 179).

Dem Mündel steht ein Anspruch zu, der in Gefahr ist, zu verjähren. Das Vormundschaftsgericht weist den Vormund an, den Anspruch rechtzeitig einzuklagen. Das Kammergericht er-

1) Vergl. Staudinger-Engelmann, Anm. 4, b, α zu § 1797.

klärt das für unzulässig; denn der Vormund hat in bloßen Zweckmäßigkeitsfragen selbständig zu entscheiden (OLGRspr. 7, 126).

Hiernach müßte der Vormundschaftsrichter mit verschränkten Armen zusehen, wie der Vormund den Mündel zu Schaden bringt; er müßte sich darauf beschränken, den Brunnen zuzudecken, wenn das Kind hineingefallen ist? „Nein", sagen die Ausleger des Gesetzes: „der § 1886 räumt ihm vielmehr die Befugnis ein, wenn die Fortführung des Amtes durch den Vormund die Interessen des Mündels auch nur gefährdet, den Vormund zu entlassen" [1]).

Eine juristische Technik, die befremden muß! Mit einem Befehle könnte das Vormundschaftsgericht verhindern, daß der Vormund einen Fehler begeht. Aber das darf es nicht, um des Prinzipes willen. Sondern es muß den Vormund, der bis dahin seine Aufgabe gut erfüllt hat, entlassen, nur weil er in dieser einen Angelegenheit blind oder dickköpfig handelt. Sollte das wirklich die Meinung des Gesetzes sein?

Hiergegen hat zuerst Dernburg [2]) lebhaften Widerspruch erhoben, ich bin ihm darin gefolgt, allerdings — wie noch zu zeigen sein wird — mit einer nicht unerheblichen Abweichung [3]); neuestens hat E. Josef [4]) die oben erwähnten und andere Entscheidungen, die jenes Dogma zum Ausgangspunkte nehmen, angegriffen und versucht, in dem irreführenden Ausspruch der Verfasser des Gesetzbuchs das Richtige vom Unrichtigen zu scheiden.

---

1) Planck-Unzner, Anm. 1 zu § 1837; Staudinger-Engelmann, Anm. 1b zu § 1837.

2) Deutsches Familienrecht (Das bürgerliche Recht, Bd. 4), § 121 (S. 384 fg.).

3) In meinem Kommentar zum Vormundschaftsrecht (Bd. 4 des Heymannschen Kommentars zum BGB.), Vorbemerkung 2 zu Unterabschn. III (S. 86) und Anm. 1 zu § 1837.

4) Civ. Arch. 97, 108 fg.

Die Frage, um die es sich handelt, ist, wie E. Josef mit Recht hervorhebt, die wichtigste des ganzen Vormundschaftsrechts. Sie darf und wird daher nicht zur Ruhe kommen, bis der wahre Sinn des Gesetzes zur Geltung gebracht ist.

Die Anhänger des Satzes, daß das Vormundschaftsgericht in „Zweckmäßigkeitsfragen" sich dem Vormund gegenüber schlechthin zu bescheiden habe, leiten ihn her aus dem „Prinzip der Selbständigkeit des Vormundes", welches das Vormundschaftsrecht beherrschen soll. Es lohnt sich, dieses Prinzip etwas genauer zu betrachten.

Unter einem gesetzlichen Prinzip kann nichts anderes verstanden werden als ein Rechtssatz, der, ausgesprochen oder unausgesprochen, verschiedenen Rechtssätzen zu Grunde liegt, so daß sie sich aus ihm, als dem Obersatze, herleiten lassen. So sprechen wir von dem „Schuld-Prinzip" des Gesetzes und wollen damit den — übrigens für das BGB. unrichtigen — Satz bezeichnen, daß nur im Falle schuldhafter Schadensverursachung eine Schadensersatzpflicht entstehe. So enthält § 242 BGB. zweifellos einen Grundsatz, aus dem eine große Anzahl von Einzelsätzen sich ergeben.

Die Einzelsätze des Vormundschaftsrechts auf ihre Grundsätze zurückzuführen, ist sicher nicht nur ein nützliches, sondern ein notwendiges Unternehmen. Denn erst die Kenntnis der Grundsätze ermöglicht ein volles Verständnis der Einzelsätze, sie allein ermöglicht eine sichere Handhabung der Analogie. Der Ausspruch von Dernburg (S. 316): „Für die Abgrenzung der Befugnisse von Vormund und Vormundschaftsgericht besteht kein doktrinäres Prinzip" ist daher zum mindesten nicht unbedenklich. „Doktrinär" ist nur das konstruktive Prinzip; ein Prinzip dagegen, in dem die Einheit des Zweckes, der einzelnen Rechtssätze zum Ausdrucke kommt, ist im höchsten Maße praktisch.

Aber zweierlei ist selbstverständlich zu fordern: 1) das Prinzip muß so geformt sein, daß sich Folgesätze daraus ableiten lassen; 2) das so geformte Prinzip muß aus dem Gesetz selbst gefunden werden können, sei es, daß das Gesetz es selber ausspricht, sei es, daß aus den einzelnen Bestimmungen auf den einheitlichen Grundsatz zurückgeschlossen wird, indem man den einheitlichen Zweck ins Auge faßt.

Stellt jedes gesetzliche Prinzip einen Rechtssatz dar, so muß es auch in die Form eines solchen gebracht werden können. Sehen wir uns einmal unser Prinzip daraufhin an!

„Der Vormund ist bei Ausübung seiner Tätigkeit prinzipiell frei" — so formt Schlecht, der einzige Schriftsteller, der, so viel ich sehe, der Selbständigkeit des Vormundes eine monographische Darstellung hat zuteil werden lassen[1]), das Prinzip. Aehnlich drücken sich auch die anderen aus, allenfalls bezeichnen sie die Art der Tätigkeit des Vormundes noch genauer und sagen etwa: „Die eigentliche Verwaltung liegt selbständig in der Hand des Vormundes" (Motive; ebenso Planck-Unzner); „der Vormund ist bei der ihm obliegenden Sorge für Person und Vermögen des Mündels im wesentlichen selbständig" (Staudinger-Engelmann); „die Verwaltung ist eine im wesentlichen selbständige" (Schultheis) — das sind die Wendungen, in denen das „Prinzip" beschrieben wird, sofern man es überhaupt für nötig hält, seinen Inhalt festzustellen.

Sollen diese Sätze einen Rechtssatz darstellen, so ist er überflüssig oder unzulänglich. Denn daß der Vormund frei ist in seiner Tätigkeit, soweit er nicht beschränkt ist, das ist schlechthin selbstverständlich. Daß er in seiner Selbständigkeit unbeschränkt sei, kann und soll jener Grundsatz nicht aussagen, denn der Begriff der Selbständigkeit ist ebenso wie der

1) GrünhutsZ. 28, 747 fg.

der Freiheit ein „sehr relativer“ (Schlecht, S. 75). Ist aber der Vormund nur „im wesentlichen selbständig“, so ist ein brauchbares Prinzip für das Vormundschaftsrecht nur dasjenige, das über die Grenzen der Selbständigkeit des Vormundes etwas aussagt. Oder anders ausgedrückt: es ist der Grundsatz zu suchen, nach dem sich die an der Sorge für den Mündel beteiligten Gewalten, Vormund und Vormundschaftsgericht, miteinander einzurichten haben.

Um diesen Grundsatz zu gewinnen, will Schlecht auf die Zweckverwandtschaft von Vormundschaft und elterlicher Gewalt zurückgehen; damit gerät er aber auf Abwege. Denn, obwohl die Vormundschaft zumeist die Stelle der fehlenden elterlichen Gewalt ausfüllen soll, ist sie nicht nach deren Bilde geformt. Die Vormundschaft ist eine öffentlich-rechtliche Einrichtung, eine Einrichtung staatlicher Fürsorge im Gemeininteresse, die elterliche Gewalt ist ein privatrechtliches Verhältnis, herausgewachsen aus einer natürlichen Beziehnng, und auf dem Wege zu einer öffentlich-rechtlichen Fürsorgeeinrichtung zu werden[1]. Es kann also nicht die elterliche Gewalt zur Aufklärung des Begriffes der Vormundschaft, sondern höchstens das Vormundschaftsrecht zur Aufklärung des Rechts der elterlichen Gewalt herangezogen werden.

Aber wir brauchen nach dem ersten Grundsatze des Vormundschaftsrechts nicht lange zu suchen. Das Gesetz gibt ihn selbst mit aller wünschenswerten Klarheit in den §§ 1793 und 1837:

„Der Vormund hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten.

Das Vormundschaftsgericht hat über die gesamte Tätigkeit des Vormundes . . . die Aufsicht zu führen und gegen

1) Vergl. meinen Kommentar, S. 2, Vorbemerkung 3.

Pflichtwidrigkeiten durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten."

Hier ist ein brauchbares Prinzip ausgesprochen, das ich [1]) „Grundsatz der Trennung der vormundschaftlichen und der Aufsichtsgewalt" zu nennen vorgeschlagen habe. Ich gebe den Namen gern preis, wenn ein besserer gefunden und nur das eine zugestanden wird, daß das sog. „Prinzip der Selbständigkeit des Vormundes" ohne positiven Inhalt und deshalb dogmatisch unbrauchbar ist. Daß es so lange als Dogma hat gelten können, ist nur aus seiner Entstehungsgeschichte zu begreifen. Es bringt den Bruch mit dem alten Systeme des Vormundschaftsrechts zum Ausdruck, der sich vollzog, als die preußische Vormundschaftsordnung ins Leben trat. Der Vormund ist nicht mehr bloßer Gehilfe des Vormundschaftsgerichts, sondern führt die Vormundschaft unter eigener Verantwortung — das war der neue Gedanke; er sollte in jenem „Prinzip" der Rechtsprechung eingeprägt werden. So kam es, daß er als ein Satz lediglich negativen Inhalts in die Erscheinung trat [2]). Und er hat sich eingelebt! So gründlich, daß der pädagogische Leitsatz zum Dogma wurde, und daß es heute gilt, den zweiten Grundgedanken des Vormundschaftsrechts, den Gedanken der Beaufsichtigung des Vormundes durch das Vormundschaftsgericht energisch zur Geltung zu bringen, um so den Grundsatz der Selbständigkeit des Vormundes durch einen Satz positiven Inhaltes zu ersetzen.

„Das Vormundschaftsgericht hat über die gesamte Tätigkeit des Vormundes . . . die Aufsicht zu führen", so bestimmte schon die preußische Vormundschaftsordnung in § 51. Aber bestritten war, ob die Aufsichtsgewalt des Vormundschaftsgerichts Befehlsgewalt sei. Unter der Herrschaft des Bürger-

1) In meinem Kommentar, S. 2, Vorbemerkung 3.

2) Vergl. hierzu Dernburg, S. 386 fg.

lichen Gesetzbuchs kann, wie Dernburg mit Recht hervorhebt, darüber ein Zweifel nicht sein. Denn den Worten der preußischen Vormundschaftsordnung hat der § 1837 BGB. den Satz hinzugefügt: „Das Vormundschaftsgericht hat gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormundes durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten". Der Vormund ist mithin den Befehlen des Vormundschaftsgerichts unterworfen.

Fraglich kann nur sein, ob und in welchem Sinne noch von Selbständigkeit geredet werden kann. Aber die Antwort scheint mir nicht schwer.

Der Vormund führt die Vormundschaft unter eigener Verantwortung. Das gilt auch heute noch; denn § 1793 sagt es deutlich genug, und zahlreiche andere Bestimmungen führen es näher aus. Der Vormund führt die Vormundschaft, d. h. er handelt für den Mündel. Und er handelt unter eigener Verantwortung, d. h. er ist nicht verpflichtet, das Vormundschaftsgericht um Erlaubnis zum Handeln zu fragen, und wo er dazu ausnahmsweise verpflichtet ist, wird ihm durch die Erlaubnis des Vormundschaftsgerichts die Verantwortung nicht abgenommen[1]). Von Selbsttätigkeit, nicht von Selbständigkeit ist mithin zu reden.

Das Vormundschaftsgericht führt die Aufsicht über den Vormund, d. h. es beugt dem vor, daß der Vormund durch seine Handlungen den Mündel schädige. Es beugt dem vor, indem es gegen Pflichtwidrigkeiten durch geeignete Gebote und Verbote einschreitet.

Gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormundes hat das Vormundschaftsgericht einzuschreiten. Was darunter zu verstehen ist, das ist die letzte und entscheidende Frage.

---

1) Ueber weitere Folgerungen aus diesem Satze vergl. meinen Kommentar, Anm. 1 zu § 1828, Anm. 2 zu § 1829.

Die herrschende Meinung sagt: pflichtwidriges Verhalten ist schuldhaftes Verhalten. In dieser Hinsicht folgt ihr auch E. Josef. Dagegen meint Dernburg: „der Begriff ist objektiv zu nehmen". „Pflichtwidrig ist jede Verletzung der Interessen des Mündels durch den Vormund."

Die Wahrheit liegt in der Mitte. Durchaus unrichtig ist, daß die Schuld oder das Verschulden nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes einen Wesensteil des Begriffes „Pflichtwidrigkeit" bildet. Ein Blick auf § 1833, den E. Josef (S. 126) merkwürdigerweise zur Begründung seiner Auffassung anführt, sollte genügen, um das Gegenteil festzustellen. Denn, wenn hier der Vormund für Pflichtverletzung haftbar gemacht wird, sofern ihm ein Verschulden zur Last fällt, so ist doch damit deutlich genug gesagt, daß im Sinne des § 1833 nicht jede Pflichtverletzung ein Verschulden des Vormundes in sich begreift. Wer aber durch § 1833 noch nicht überzeugt ist, der mag nachlesen, was E. Weyl[1]) über den Sprachgebrauch des Gesetzes in Sachen „Pflichtverletzung" und „Pflichtwidrigkeit" zusammengestellt hat.

Aber der Sprachgebrauch des Gesetzes ist ein recht unsicheres Hilfsmittel bei der Auslegung. Es wird nötig sein, festzustellen, ob der Sprachgebrauch einen technischen Begriff widergibt und, ob dieser in § 1837 verwendet worden ist.

Daß die Begriffe „Schuld" und „Rechtswidrigkeit" auseinanderzuhalten sind, ist heute eine ausgemachte Sache. Mit den Begriffen „Verschulden" und „Pflichtwidrigkeit" steht es nicht anders. Wer trotz Polizeiverbotes seinen Hund ohne Maulkorb auf die Straße laufen läßt, handelt pflichtwidrig, aber nicht notwendig schuldhaft. Dieses nur, wenn er bei ge-

1) System der Verschuldensbegriffe (1905), insbesondere S. 249.

höriger Anstrengung in der Lage war, seiner Pflicht zu genügen. Der Verwahrer, der die verwahrte Sache benutzt, verletzt seine Pflicht; ein Verschulden fällt ihm aber nur zur Last, wenn er seine Pflicht kannte oder kennen mußte.

Allerdings: Verschulden ist stets pflichtwidriges Verhalten. Denn Pflichtverletzung ist Normverletzung; Schuld, Verschulden ist die Verletzung derjenigen Norm, die dem Verpflichteten das seelische Verhalten vorschreibt. Aber, sofern die Norm zunächst das sichtbare Verhalten regelt, kann die Pflicht, die Pflicht zu einem bestimmten körperlichen Verhalten nämlich, verletzt werden, ohne daß ein Verschulden vorliegt, wenn nur das seelische Verhalten normgemäß war[1]).

Aber diese Scheidung zwischen der Pflicht zu bestimmtem körperlichen und der Pflicht zu bestimmtem seelischen Verhalten ist doch nur da möglich, wo das körperliche Verhalten unmittelbar an der Norm daraufhin geprüft werden kann, ob es pflichtgemäß war. So in den oben gegebenen Beispielen. Daß sie beide Verbotsnormen betreffen, ist kein Zufall. Denn von jeder Verbotsnorm kann mit Sicherheit abgelesen werden, ob das Verhalten des Verpflichteten pflichtwidrig war. Gebotsnormen dagegen bezeichnen nicht das pflichtwidrige, sondern das pflichtgemäße Verhalten des Verpflichteten, dieses aber in der Regel nur so, daß sie das Ziel weisen, nach dem das Verhalten zu richten ist. Steckt nun die Norm dem Verpflichteten nur das Ziel und überläßt ihm die Wahl der Mittel zu seiner Erreichung, so ist eine Pflichtverletzung nur denkbar als unrichtiger Entschluß zur Handlung.

Zwei Beispiele mögen auch dieses erläutern. Ein Schuldner

---

1) Vergl. die schöne Auseinandersetzung von Zitelmann, Recht d. Bürgerlichen Gesetzbuches (Allgemeiner Teil), S. 151.

schuldet seinem Gläubiger zum 1. Juli 1000 M. Kann man sagen, daß er pflichtwidrig gehandelt hat, wenn der Gläubiger am 1. Juli die 1000 M. nicht von ihm bekommen hat? Ich meine: nein; denn nicht eine bestimmte Handlung, sondern richtige Bestimmung der Handlung schrieb die Norm vor. Ob etwa der Entschluß des Schuldners richtig war, das kann am Erfolge allein nicht gemessen werden, da ja vieles den Erfolg vereiteln kann.

Ein anderes Bild. Der Zeuge im Prozeß verspricht, „nach bestem Wissen und Gewissen die reine Wahrheit zu sagen". Kann man, wenn er etwas objektiv Unrichtiges aussagt, nun deshalb ihm vorwerfen, daß er sein Versprechen nicht gehalten, daß er einen Falscheid geleistet habe? Wiederum: nein; denn, nicht was reine Wahrheit war, sondern, was er nach bestem Wissen und Gewissen dafür halten durfte, war er verpflichtet, zu sagen.

Das Ergebnis ist also: nur, wenn die Pflichtwidrigkeit Verbotswidrigkeit ist, können Pflichtwidrigkeit und Verschulden gesondert werden. Verletzung einer Gebotsnorm ist stets ein unrichtiges seelisches Verhalten, ein Verschulden.

Dem ist noch eine Bemerkung hinzuzufügen. Viele, wenn auch nicht alle Gebotsnormen enthalten zugleich Verbote bestimmter Handlungen [1]). Gebietet z. B. in § 1807 das Gesetz dem Vormunde mündelsichere Anlegung der Mündelgelder, so verbietet es ihm damit zugleich jede Anlegung, die nicht mündelsicher ist. Legt der Vormund Mündelgelder anderweit an, so handelt er ebenso sicher pflichtwidrig, wie wenn er trotz § 1805

1) Nur solche sind hier von Belang. Ob in jedem Gebot zugleich das Verbot aller Handlungen enthalten ist, die nicht zielgemäß sind, kann hier außer Betracht bleiben.

Mündelgeld für sich verwendet. Ob aber der Vormund, wenn er Mündelgelder überhaupt nicht anlegt, sondern zur Verwendung bereit liegen läßt, pflichtgemäß handelt, oder ob er nicht pflichtwidrig verfuhr, wenn er Geld in einem mündelsicheren Papier anlegte, obwohl er wußte, daß dies Papier gefährdet war — das kann nur beurteilt werden, indem auf das innere Verhalten des Vormundes zurückgegangen wird.

Somit wären wir zum Vormundschaftsrecht zurückgelangt. Die allgemeine Norm, die es für den Vormund aufstellt, ist: Sorge für das Wohl des Mündels. Aber der Vormund ist in der Wahl der Mittel zur Erreichung dieses Zieles nicht unbeschränkt; eine Reihe von Bestimmungen verbieten ihm bestimmte Handlungen. Einige davon stehen für sich (§§ 1804, 1805), andere in Zusammenhang mit einer besonderen Gebotsnorm (§§ 1807 fg.).

Handelt der Vormund dem bestimmten Verbote des Gesetzes zuwider, so handelt er pflichtwidrig, gleichgültig ob ihm ein Verschulden zur Last fällt. Er verletzt seine Pflicht, wie er das Recht des Mündels verletzt, wenn er über Mündelvermögen verfügt, das seiner Verwaltung entzogen ist. Das Vormundschaftsgericht ist daher zum Einschreiten berechtigt und verpflichtet. Nur ist der Vormund, wenn er pflichtwidrig gehandelt hat, nicht ohne weiteres zum Schadensersatze verpflichtet, sondern es bedarf, um diese Haftung zu begründen, des Nachweises eines Verschuldens (§ 1833).

Anders steht es mit der Verletzung der Gebotsnormen, die das Gesetz an den Vormund erläßt. Pflichtwidrig kann das Verhalten des Vormundes gegenüber diesen Normen nur dadurch werden, daß er es bei seinen Entschließungen an der erforderlichen Sorgfalt fehlen läßt, daß er sich nicht nach

pflichtgemäßem, sondern nach pflichtwidrigem Ermessen entscheidet.

Es ist daher nicht genau genug, wenn Dernburg sagt: „Pflichtwidrig sind alle diejenigen Handlungen und Unterlassungen, welche das Wohl des Mündels schädigen.“ Denn die daraus abgeleitete Folgerung: „Pflichtwidrige Handlungen sind auch die unzweckmäßigen, ohne Rücksicht darauf, ob sie verschuldet sind oder nicht“, ist nach dem oben Gesagten nicht zutreffend. Und insofern ist Josefs Polemik gegen Dernburg berechtigt.

Dennoch steckt auch in diesen Bemerkungen Dernburgs ein richtiger Kern. Denn es gilt noch, festzustellen, woran denn zu erkennen ist, ob das Verhalten des Vormundes in dem angegebenen Sinne pflichtgemäß war. Es kann nicht genügen, daß man — wie Josef (S. 116) tut — nach dem Gefühl prüft, ob eine Handlung „so unzweckmäßig ist, daß sie pflichtwidrig ist“. Und da kann nun nicht wohl ein Zweifel sein, daß der Ansicht des Gesetzes nur die Verwendung des sog. „objektiven Maßstabes“, logischer gesprochen: des „Normalmaßes“ entspricht. Die Praxis wenigstens ist in dieser Hinsicht durchaus sicher[1]), und auch die Theorie wird sich mit dem Gedanken abfinden, daß das Gesetz jeden, dem es eine Pflicht auferlegt, für die zu ihrer Erfüllung erforderlichen Eigenschaften einstehen läßt. Denn nicht ethische, sondern soziale Werturteile sollen nach bürgerlichem Recht gefällt werden; somit ist auch das vom Gesetze gegebene Wertmaß ein Normalmaß, und der Gedanke, daß dadurch aus der Schuldverantwortlichkeit eine Garantiehaftung gemacht werde, kann nicht schrecken[2]).

1) Vergl. die RGEntsch. vom 11. Mai 1904 und 4. Juni 1904 im Sächs. ABR. 14, 617 fg.

2) Dies gegen v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 55.

Der Vormund handelt nicht nach pflichtgemäßem Ermessen, wenn er sich anders entschließt, als ein ordentlicher Vormund in gleicher Lage tun würde. Wie aber soll der Richter diesen Maßstab finden? Er hat nur zwei Hilfsmittel: seine Erfahrung und seinen Verstand. Seine Erfahrung lehrt ihn, wie andere verständige Menschen in ähnlicher Lage gehandelt haben; sein Verstand sagt ihm, wie er selbst in gleicher Lage sich entscheiden würde. So prüft er und sagt dann mit Josef (S. 117): „diese Maßregel ist so unzweckmäßig, daß sie sich als eine Pflichtwidrigkeit darstellt", oder mit Dernburg (S. 387): „diese Handlung ist geeignet, das Wohl des Mündels zu schädigen, also ist sie pflichtwidrig".

Wenn er aber diese Entscheidung getroffen hat, so hat er durch geeignete Gebote und Verbote gegen die Pflichtwidrigkeit einzuschreiten. Das kann verständigerweise nur heißen, daß er durch seine Gebote und Verbote zu versuchen hat, die pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung zu verhüten. Denn dem Wohle des Mündels, das der Vormund gefährdet, soll der Vormundschaftsrichter durch sein Einschreiten dienen. Das beste Mittel aber dazu ist Vorbeugung, da eine Wiedergutmachung des eingetretenen Schadens nur allzu oft unmöglich sein wird. Und man wird denn doch wohl annehmen dürfen, daß das Gesetz dem Vormundschaftsrichter das Mittel in die Hand geben wollte, das am besten geeignet ist, dem Zwecke des Gesetzes zu dienen.

Also wären wir wieder dabei angelangt, daß nicht der Vormund, sondern das Vormundschaftsgericht die Entscheidung darüber hat, auf welchem Wege das Wohl des Mündels zu erstreben ist? Ich meine: doch nicht, sofern nur der Vormundschaftsrichter sich über die Grenzen seines Könnens und seines Dürfens genügend klar ist.

Ueber die Grenzen seines Könnens: denn er muß sich darüber klar sein, daß er nur mit Wahrscheinlichkeiten rechnet, wenn er entscheidet, ob eine Maßregel dem Mündel förderlich oder schädlich ist. Die Berechnung ist selbst dann unsicher, wenn ein Schaden eingetreten ist; denn immer muß auch in diesem Falle ein Erfahrungsurteil gefällt werden, das niemals Gewißheit gibt. Um wieviel unsicherer ist die Beurteilung, wenn es gilt, die zukünftigen Folgen einer Handlung vorauszuberechnen!

Hier wird mit Wahrscheinlichkeit zumeist nur gesagt werden können, daß bestimmte Maßregeln zweckentsprechend, andere Maßregeln nicht zweckentsprechend sind. Sehr selten aber wird mit genügender Wahrscheinlichkeit gesagt werden können, daß *nur eine* bestimmte Maßregel zweckmäßig ist. Es wird zumeist auch für den Vormund mehrere Wege geben.

Ist dem aber so, so darf der Vormundschaftsrichter zwar durch ein Verbot dem Vormund den falschen Weg versperren, nicht aber durch ein Gebot den richtigen Weg weisen wollen. Er darf dies nicht, weil er ihm nicht den allein richtigen Weg weisen kann; und nur in solchem Falle wäre sein Gebot geeignet, Pflichtwidrigkeiten vorzubeugen.

So also wäre zu formulieren: *der Vormundschaftsrichter ist nicht berechtigt, dem Vormund zu befehlen, welche Maßregel als zweckmäßig anzuwenden ist, wohl aber ist er berechtigt, dem Vormund eine bestimmte Maßregel als unzweckmäßig zu verbieten.* Unzweckmäßig aber ist alles, was dem Wohle des Mündels zuwider ist.

Behält der Vormundschaftsrichter dies im Auge, so wird er nicht Gefahr laufen, den Vormund zu „gängeln" und ihm damit sein wichtiges Amt zu verleiden, wohl aber wird er verhüten, daß dem Mündel im Namen des Rechts durch die

Staatsgewalt, deren Träger auch der Vormund ist, unwiderbringlicher Schaden zugefügt wird. Er wird dem Grundsatze, daß die Vormundschaft vom Vormunde geführt wird, nicht zu nahe treten, aber er wird auch dem zweiten Teil des Grundsatzes gerecht werden, wonach der Vormund sein Amt unter Aufsicht des Vormundschaftsgerichts führt.

IX.

Der Einfluß der Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners auf die Einrede des Gläubigeranfechtungsrechts.

Von Dr. jur. H. Walsmann, Gerichtsassessor und Privatdozent zu Göttingen.

Wird über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet, so steht die Verfolgung der von Konkursgläubigern erhobenen Anfechtungsansprüche dem Konkursverwalter zu. Ist das Verfahren über den Anfechtungsanspruch noch rechtshängig, so wird es unterbrochen. Nun können Anfechtungsansprüche indessen nicht nur im Wege der Klage, sondern auch einredeweise geltend gemacht werden. Welche Wirkung hat die Konkurseröffnung bei einredeweiser Geltendmachung auf die Durchführung des Anfechtungsanspruchs? Aus § 36 der KO. „Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt" in Verbindung mit den in § 13 des Anfechtungsgesetzes enthaltenen Bestimmungen folgt, daß das Gläubigeranfechtungsrecht während des Konkurses des Schuldners regelmäßig von einem Konkursgläubiger nicht geltend gemacht werden kann (Ausnahme § 13 Abs. 5 des AnfG.). Wie aber, wenn auf die Gläubigeranfechtung hinzielende Akte bereits vor der Konkurseröffnung erfolgt sind: wann liegt eine vollendete

Geltendmachung vor? Prima facie könnte man ja folgern: der Anfechtungsprozeß kann vom Konkursgläubiger nicht durchgeführt werden — also liegt in der Erhebung der Anfechtungsklage noch keine vollendete Geltendmachung der Gläubigeranfechtung. Indessen wie steht es dann mit der Einrede? Ist hier die Geltendmachung bereits mit Erhebung der Einrede vollendet, oder muß erst das Urteil gefällt werden, oder muß das Urteil gar rechtskräftig geworden sein? Die Theorie hat sich mit dieser Frage bisher nicht eingehender beschäftigt. Da durch den Einwand keine Rechtshängigkeit begründet werde, könne hier eine Unterbrechung nicht eintreten; damit ist die Sache bei den meisten abgetan[1]).

Daß die Fälle im einzelnen recht verschieden liegen können, läßt sich an wenigen Beispielen zeigen. A hat eine Sache des B auf Grund eines vollstreckbaren Titels gegen B gepfändet. Diese Sache hatte B dem C vorher in anfechtbarer Weise zu Eigentum übertragen. C erhebt Interventionsklage aus § 771 ZPO. Dann bricht Konkurs über B aus. Nach der Konkurseröffnung erhebt A die Einrede der Gläubigeranfechtung. Oder derselbe Fall, jedoch erfolgt die Konkurseröffnung erst, nachdem die Einrede der Anfechtung erhoben ist. Oder A pfändet eine Forderung des B, die B in anfechtbarer Weise seinem Schuldner C erlassen hat. Die Forderung wird überwiesen, und bei Einklagung gegen C wird gegen den Einwand des Erlasses die Replik der Anfechtung erhoben; auch hier wieder mit der Alternative, daß Konkurs vor oder nach Erhebung der Replik ausbricht. Oder B deponiert bei A Geld und tritt dann das Eigentum an C ab. Dem vindizierenden C hält A entgegen, daß er eine vollstreckbare

1) Die Dissertation A. Hüneberg, Einfluß der Eröffnung und Beendigung des Konkurses auf das Anfechtungsrecht (Erl. Diss. 1901) bringt ebenfalls in die hier behandelte Spezialfrage nicht tiefer ein.

Forderung gegen B hat und daß die Eigentumsübertragung anfechtbar sei; auch hier wieder mit jenen beiden Möglichkeiten. In diesem Fall kommt hinzu, daß der vollstreckbare Titel gegen B vor oder nach Konkurseröffnung erlangt sein kann. Oder, das ist der Fall, der in der Praxis wiederholt die höchsten Gerichte beschäftigt hat, B pfändet wegen einer fälligen und vollstreckbaren Forderung gegen A eine Sache des A. Darauf erhebt C Klage auf vorzugsweise Befriedigung gegen B, der seinerseits einwendet, das Pfandrecht des Klägers sei anfechtbar. Während des Prozesses bricht Konkurs über A aus. Wie sind alle diese Fälle zu entscheiden?

Aus dem Wesen der Einrede kann die Entscheidung nicht gewonnen werden. Die Einrede als solche kann einen zu verschiedenartigen Charakter haben. Sie ist möglicherweise auf die Geltendmachung eines rechtsaufhebenden Tatbestandes gerichtet. Man kann sich in ihr auf einen Tatbestand berufen, der das klägerische Recht überhaupt nicht zur Entstehung kommen läßt. Es kann sich indessen auch um die Geltendmachung eines Gegenrechts handeln. Das BGB. verbindet mit „Einrede" eine engere Bedeutung. Aber dort, wo sich der Ausdruck im Anfechtungsgesetz vorfindet, wird er offensichtlich im prozessualen Sinne, d. h. für die Einrede im Prozeß gebraucht. Im Prozeßrecht — und zwar gilt das insbesondere für die ZPO. — wird jedoch „Einrede" im weitesten Sinne, sämtliche Einwendungen umfassend verwendet [2]). Man müßte also, um aus der Einrede Schlüsse zu ziehen, erst wissen, zu

2) Daher ist Kipps Einwand gegen Hellwig (Windscheid-Kipp § 463 a, S. 957, dem sich Oertmann, Zeitschr. f. Zivilpr. 33, 22 f. anschließt), es spräche § 5 des Anfechtungsgesetzes von Einrede, während es nach Hellwigs Auffassung Einwendung hätte heißen müssen, unbegründet. Wie hier auch Hellmann, die rechtliche Natur der Gläubigeranfechtung, in Seufferts Blättern f. Rechtsanw. 70, 415. Hellmanns Arbeit konnte nur noch bei der Korrektur berücksichtigt werden.

welcher Gruppe von Einwendungen die Einrede aus dem Anfechtungsrecht gehört. Das führt uns denn unmittelbar auf das Anfechtungsrecht selbst. Somit steht zu erwarten, daß die Lösung der Frage im Wesen des Anfechtungsrechts liegt.

Das Anfechtungsrecht enthält seinem Inhalt nach eine erweiterte Zwangsvollstreckung zu Gunsten des Anfechtungsberechtigten. Wenn der Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner nicht Befriedigung gefunden hat, so kann er sich, falls ihm das Gläubigeranfechtungsrecht zusteht, gegen den Dritten wenden und sich im Wege der Zwangsvollstreckung aus bestimmten Vermögensbestandteilen, die zunächst noch dem Dritten gehören, Befriedigung verschaffen. Man mag über die Konstruktion des Anfechtungsrechts denken, wie man will, das läßt sich nicht bestreiten, daß durch die Ausübung und erfolgreiche Durchführung des sog. Gläubigeranfechtungsrechts das gleiche Resultat erzielt wird wie durch eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung, nämlich die (vollkommene oder teilweise) Befriedigung des Gläubigers, und auch das läßt sich nicht bestreiten, daß dieses Ziel vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus der eigentliche und wesentliche Zweck des Anfechtungsrechts ist. Wie es zu erklären ist, daß die Rechtsordnung dem Anfechtungsberechtigten dieses Recht einräumt, ob das Recht auf deliktischer Grundlage beruht, ob es kondikticischer Art ist, oder welchen Charakter man demselben im ganzen oder in seinen einzelnen Erscheinungsformen zumessen mag, ist für die hier zu behandelnde Frage nebensächlich. Wenn wir nun das Anfechtungsrecht seinem Inhalte nach weiter untersuchen, so sehen wir, daß vermittelst dieses Rechts Gegenstände, die dem Schuldner nicht mehr gehören, sei es ganz in der Weise, daß das Recht in seiner Totalität einem anderen zusteht, sei es zum Teil, so daß ein Dritter

Rechte an dem Gegenstand hat, zur Befriedigung des Gläubigers herangezogen werden. Der Zwangsvollstreckung in solche Gegenstände stehen an sich zwei Momente entgegen: erstens das Recht des Dritten, sodann regelmäßig die tatsächliche Herrschaft, der Gewahrsam des Dritten. Letzteres allerdings nur regelmäßig, keineswegs immer. Wenn ich z. B. Sachen pfände, die der Anfechtungsgegner nicht im Gewahrsam hat, dann brauche ich jedenfalls eine tatsächliche Herrschaft bei ihm nicht zu brechen. Das Recht des Dritten muß in allen Anfechtungsfällen vom Schuldner erworben sein, aus seinem Vermögen herrühren, entweder mittelbar oder unmittelbar so, daß eine Zwischenperson, die als Rechtsnachfolger vom Schuldner erworben hat, dazwischen steht. Das ist eine vom Gesetz aufgestellte Voraussetzung. Es wird nun dieses Recht in der Weise überwunden, daß die Wirkung jenes den Rechtserwerb begründenden Aktes zu Gunsten des berechtigten Gläubigers aufgehoben wird. Die Aufhebung dieser Wirkung tritt aber nicht von selbst ein, sondern wird vom Gesetz an eine besondere Tätigkeit des Berechtigten, die Anfechtung, geknüpft. Hätten wir nichts weiter als dieses Resultat, dann würde sich die Rechtslage folgendermaßen gestalten: Der Anfechtungsgegner hat nach vollzogener Anfechtung dem Gläubiger gegenüber kein Recht mehr, aber die Zwangsvollstreckung kann trotzdem gegen ihn nicht ohne seinen Willen durchgeführt werden, weil nach Vorschrift des § 809 ZPO. eine Vollstreckung in Sachen, die sich nicht im Gewahrsam des Schuldners oder des Gläubigers befinden, nur mit Zustimmung des besitzenden Dritten gepfändet werden dürfen. Demnach müßte der Anfechtungsgläubiger nunmehr den Anspruch seines Schuldners auf Herausgabe der Sache gegen den Anfechtungsgegner pfänden. Das wäre immerhin denkbar und möglich, da ja im Verhältnis zwischen dem Anfechtungsgegner und dem Gläubiger das

Recht des ersteren nach der Anfechtung nicht existiert. Aber diese Anspruchspfändung wäre nötig, denn die Anfechtung kann nur die Rechtswirkung, nicht auch das tatsächliche Verhältnis, den Besitz beseitigen. Diesen umständlichen Weg erspart die Rechtsordnung dem Anfechtungsberechtigten dadurch, daß sie demselben ein unmittelbares Recht gegen den Anfechtungsgegner gewährt. Wir haben uns also das Verhältnis zunächst in der Weise zu denken, daß das Gesetz den Gläubiger so stellt, als hätte er einen Anspruch des Schuldners auf Herausgabe gepfändet. Ganz ist indessen damit das Richtige noch nicht getroffen. Hiernach würde der Gläubiger stets Herausgabe an sich verlangen können. Der zu Grunde liegende Zweck verlangt aber nur, daß der Gläubiger so gestellt wird, als vollstrecke er unmittelbar gegen seinen Schuldner. Dementsprechend schränkt das Gesetz den aus unserer Entwickelung gewonnenen Anspruch ein und gewährt dem Gläubiger nur einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die Gegenstände, deren Erwerb durch die Anfechtung hinfällig gemacht wird, gerichtet gegen den Anfechtungsgegner. Immer bleibt aber der diesem Anspruch auf Duldung zu Grunde liegende Zweck maßgeblich für die Gestaltung. Daher behält der Anspruch inhaltlich doch im großen und ganzen die gleiche Wirkung, als wenn der Gläubiger einen Anspruch des Schuldners gegen den Anfechtungsgegner gepfändet hätte und geltend machte. Dort, wo die bloße Duldung dem Zweck nicht genügt oder auch nur unpraktisch ist, tritt diese Erscheinung noch klarer hervor. Hier hat man den Duldungsanspruch des § 7 des Anfechtungsgesetzes wieder zu einem vollen Anspruch auf Herausgabe erstarken lassen. So kann bei einer anfechtbar geleisteten Zahlung unmittelbar auf Geldzahlung an den anfechtungsberechtigten Gläubiger von diesem gegen den Anfechtungsgegner geklagt werden. Auch dort, wo auf eine Mitwirkung des An-

fechtungsgegners an wirksamer Durchführung einer Zwangsvollstreckung, wie z. B. bei Klage auf Zustimmung zur Löschung oder einer sonstigen Eintragung in Bezug auf eine anfechtbare Hypothek, geklagt wird, geht der Anspruch über die bloße Duldung hinaus[3]).

Im Konkurs findet eine Einzelexekution nicht statt. Der Konkurs selbst ist im wesentlichen Generalexekution. Gerade mit Rücksicht darauf findet eine Versteigerung der gepfändeten Gegenstände, wie überhaupt eine Verwertung durch den Gerichtsvollzieher in der Weise wie bei Einzelvollstreckung in Sachen nicht statt. Vielmehr setzt der Konkursverwalter selbst die Gegenstände in Geld um. Dem entspricht es durchaus, daß das Petitum der vom Konkursverwalter erhobenen oder fortgesetzten Anfechtungsklage nicht auf bloße Duldung, sondern auf Herausgabe unmittelbar zu richten ist. Die bloße Duldung würde hier wiederum nicht völlig dem Zweck entsprechen oder doch zum mindesten unpraktisch sein[4]). Demnach ist es denn

3) Nach vorstehender Entwickelung liegt die Frage nahe: Kann der Schuldner sich auf die Anfechtung beschränken und dann vermittelst einer Forderungspfändung zur Herausgabe anstatt zum bloßen Duldungsanspruch gelangen? Diese Frage hat gerade für den Konkurs keine praktische Bedeutung. Für die außerkonkursmäßige Anfechtung wäre sie schon dem Wesen der Gläubigeranfechtung nach regelmäßig deshalb zu verneinen, weil der Gläubiger nicht mehr erlangen soll, als wenn er gegen seinen Schuldner vollstreckte. Gegen diesen erlangt er indessen keineswegs ein Recht auf Herausgabe der demselben gehörigen Gegenstände schlechthin, sondern lediglich das Recht, in die Gegenstände zu vollstrecken. Dem positiven Recht gegenüber ergibt sich übrigens die Verneinung der Frage unmittelbar aus § 9 des Anfechtungsgesetzes.

4) Man wende nicht ein, gerade bei der konkursmäßigen Anfechtung müsse der Gedanke der erweiterten Zwangsvollstreckung scheitern; es gäbe hier z. B. auch eine Anfechtung von Forderungsrechten. Meines Erachtens ist der Einwurf nicht begründet. Wenn die Forderung auch kein Recht an den einzelnen Vermögensbestandteilen gewährt, so hat sie doch eine Haftung des Vermögens, mithin eine Rechtsposition des Gläubigers zur Folge, die

auch meines Erachtens unrichtig, wenn man gerade in dieser Beziehung, also in Richtung auf den Inhalt des Anspruchs, einen prinzipiellen Unterschied zwischen der Anfechtung außerhalb des Konkurses und der Anfechtung im Konkurs konstatieren will [5]). Abgesehen von diesen besonderen Fällen aber, soweit eine Herausgabe zur Erreichung des erstrebten Zweckes nicht gerade erforderlich ist, handelt es sich um einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung im wirklichen Sinne des Wortes [6]).

Das bisher gewonnene Resultat läßt sich dahin zusammen-

für den Konkurs ähnlich so wirkt, wie ein Recht des Dritten am Gegenstand der Singularexekution. Die Vermögensquote, die auf diesen Gläubiger fällt, wird gleichsam wie durch ein Recht eines Dritten den übrigen Gläubigern entzogen. Insofern als diese Rechtsposition beseitigt wird, handelt es sich auch hier um erweiterte Zwangsvollstreckung für die übrigen Gläubiger. Entsprechendes gilt für ähnliche Rechtspositionen. Die Vormerkung hat man für die Gläubigeranfechtung wohl als Recht zu betrachten, da sie dinglich sichert.

5) Vergl. hierzu Entsch. d. Reichsger. 56, 145. Das Reichsgericht entschied hier, daß der Konkursverwalter, nachdem er eine vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung vorgenommene Grundstücksveräußerung mit Erfolg angefochten habe, nicht berechtigt sei, vom Erwerber zu verlangen, daß dieser das Eigentum am Grundstück an den Gemeinschuldner zurückübertrage, sondern daß er nur fordern dürfe, daß der Beklagte zwecks Befriedigung des Klägers die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden habe: das steht durchaus im Einklang mit der hier vertretenen Auffassung. Auch im Konkurs erstarkt der ursprüngliche Duldungsanspruch dann nicht zum Anspruch auf Herausgabe, wenn die bloße Duldung für den erstrebten Zweck ausreicht. Siehe indessen auch Jaeger, Kommentar z. KO.[2] § 37 Anm. 21.

6) Auf verwandter Grundlage scheint mir Lippmann, IheringsJ. 36, 147 ff. zu stehen. Auch er legt das Hauptgewicht auf die erweiterte Zwangsvollstreckung. Und insofern auch das preußische Obertribunal (vergl. Entsch. v. 15. Okt. 1874, Bd. 73, S. 121 ff.), obwohl der Standpunkt des Obertribunals im übrigen durchaus von dem hier vertretenen abweicht, was wohl kaum hervorgehoben zu werden braucht. Wie hier auch die Entwickelung bei Voigt, Einfluß des Konkurses auf die schwebenden Prozesse (Leipz. Diss.), S. 210.

fassen: im Anfechtungsrecht der Gläubiger, sowohl dem konkursrechtlichen wie dem außerkonkursrechtlichen, liegen zwei rechtliche Momente: ein Recht auf Anfechtung und ein Anspruch auf Duldung der Befriedigung aus den Gegenständen, welche durch die Anfechtung für das rechtliche Verhältnis zum Anfechtungsberechtigten wieder in das Vermögen des Schuldners uneingeschränkt zurückversetzt werden.

Die Anfechtung ist derjenige Akt, durch den das Hindernis, welches der Zwangsvollstreckung des anfechtungsberechtigten Gläubigers iu dem Recht des Anfechtungsgegners entgegensteht, beseitigt wird. Ueber das Wesen der Gläubigeranfechtung gibt es zwei grundlegliche Theorien: Nach der einen Theorie soll ein Anfechtungsakt überhaupt nicht erforderlich sein. Mit den Voraussetzungen der Anfechtung, sagt Jaeger, einer ihrer hauptsächlichsten Vertreter [7]), ist die Rückgewährsverbindlichkeit unmittelbar begründet. Es soll hiernach ähnlich so liegen wie z. B. bei dem Bereicherungsanspruch aus § 812 BG. oder den Ansprüchen aus § 823 desselben Gesetzes. Die zweite Theorie verlangt eine Anfechtungserklärung, wobei dann wieder über die Art und Weise der Abgabe dieser Erklärung verschiedene Auffassungen bestehen. Denkbar ist dann noch eine dritte Theorie: die Anfechtung könnte ja auch erst durch Urteil, und zwar durch sog. Bewirkungsurteil zum Abschluß gebracht werden, so daß die Anfechtungswirkung erst durch konstitutive

7) Komm. z. KO. § 29 Anm. 55. Ihm folgt mit aller Entschiedenheit der siebente Senat des Reichsgerichts (Entsch. d. RG. 58, 47). Sodann sind wohl hierher zu stellen: Wendt, Arch. f. d. ziv. Praxis 91, S. 443 ff., 458 f.; Langheineken, Anspruch und Einrede 117 ff.

In älterer Zeit findet man diesen Standpunkt häufig. Doch ist es oft schwer zu sagen, wohin dieser oder jener Schriftsteller zu rechnen ist, da die verschiedenen Theorien erst neuerdings zu scharfer Abgrenzung gelangt sind. Daher wird in folgendem von einer erschöpfenden Literaturvergleichung der älteren Arbeiten abgesehen.

Nichtigkeitserklärung des Richters herbeigeführt wird. Hier würde dann die Anfechtung in der Durchführung des Prozesses liegen und der Tatbestand der Anfechtung erst vollendet sein, wenn ein rechtskräftiges Urteil erzielt ist.

Die Theorie, nach welcher ein besonderer Akt der Anfechtung nicht erforderlich ist, paßt, wie klar ersichtlich ist, zu der vorhin gegebenen Entwickelung des Anfechtungsrechts als erweiterter Zwangsvollstreckung schlecht oder gar nicht. Es bleibt bei ihr auch nichts weiter übrig, als den dem Gläubiger gegen den Anfechtungsgegner gewährten Anspruch unmittelbar auf das Gesetz zurückzuführen. Gegen diese Theorie spricht in erster Linie der Begriff der Anfechtung selbst. Unter Anfechtung versteht das geltende Recht[8]) stets die Beseitigung einer Rechtswirkung, niemals aber die bloße Herstellung eines tatsächlichen Zustandes[9]). Wenn nun der Anfechtungsberechtigte von vornherein bei Vorhandensein der Anfechtungsvoraussetzungen den Anspruch auf Rückgewähr oder auf Duldung der Zwangsvollstreckung, oder wie man ihn sonst nennt, hätte, dann würde die

8) Bezüglich des früheren mag dies dahin gestellt bleiben. Meines Erachtens gilt der oben aufgestellte Satz auch schon für die Zeit vor 1900. Vergl. hiergegen Wendt, Arch. f. d. ziv. Praxis 91, 443 ff.

9) Hier ist der Einwand zu erwarten: Man spricht doch von Anfechtung einer Aktiengesellschaft, Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes u. s. w. Ganz besonders im letzteren Fall ist doch die Unehelichkeit eine vorhandene Tatsache, mithin die Beseitigung einer Rechtswirkung ausgeschlossen! Ich halte den Einwand für nicht begründet. In allen diesen Verhältnissen knüpft das Recht an den Bestand der an sich nicht zu Recht bestehenden Sachlage Rechtswirkungen an. Wird z. B. ein uneheliches Kind vom Ehemann, der nach Lage der Sache als Vater erscheint, es aber re vera nicht ist, für ehelich gehalten, so kann sich nicht jeder beliebige Dritte auf den objektiv richtigen Sachverhalt berufen. Ueberall zieht der hier bestehende tatsächliche Zustand Rechtsfolgen nach sich, und die Beseitigung gerade dieser Rechtsfolgen ist der Gegenstand bei der betreffenden Anfechtungsklage. Aus diesem Grunde handelt es sich dabei auch um Bewirkungsklagen und nicht lediglich um Feststellungsprozesse.

Anfechtung nichts weiter besagen als die Herstellung des tatsächlichen Zustandes, der dem Recht entspräche. Bereits bei Vorhandensein der Anfechtungsvoraussetzungen entspricht ja nach dieser Auffassung die vorhandene Sachlage nicht mehr dem Zustand, der von Rechts wegen sein müßte. So wenig man jedoch bei Erhebung der Eigentumsklage oder der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung von einer Anfechtung spricht, ebenso wenig kann man es hier. Sodann ist ferner, und das ist der zweite Grund gegen diese Theorie, nicht einzusehen, wie sich die Anfechtung bei Rechtshandlungen gestalten soll. Das Gesetz sagt im § 3 des Anfechtungsgesetzes und entsprechend in den §§ 29, 30 und 31 KO.: „Anfechtbar sind Rechtshandlungen". Soll auch das nur heißen, diese Rechtshandlung hat, sobald sie anfechtbar ist, dem Gläubiger gegenüber keine Wirkung? Und doch sagt das Gesetz, die Rechtshandlung, die ja als solche gar nichts mit der Rückgewähr zu tun hat, ist anfechtbar; sie ist also auch dem Gläubiger gegenüber vollwirksam, bis sie angefochten ist[10]).

---

10) Aus den beiden angegebenen Gründen ist auch die Auslegung Kleinfellers, ZZP. 25, 93/94 (vergl. auch Kleinfeller, DJZ. 1903, S. 386f.), dem sich Oertmann, ebenda 33, 15 anschließt, unhaltbar. Kleinfeller legt den Worten „Rechshandlungen als unwirksam anfechten" die Bedeutung bei: anfechten, weil sie unwirksam sind. Gerade darin, daß sie, solange die Unwirksamkeit nicht in ganz bestimmter Form von dem Gläubiger geltend gemacht wird, auch dem Gläubiger gegenüber wirksam sind, zeigt sich meines Erachtens eklatant die Unrichtigkeit jener Auffassung. „Als unwirksam anfechten" heißt nichts weiter als anfechten schlechthin, das ist eine Rechtswirkung zur Aufhebung bringen auf Grund eines besonderen Tatbestandes, der möglicherweise in einem Mangel der betreffenden Handlung u. s. w. besteht, aber auch völlig außerhalb derselben liegen kann. Das Gesetz sagt übrigens an den fraglichen Stellen niemals „als unwirksam anfechten", sondern „als dem Gläubiger gegenüber unwirksam anfechten" (oder ähnlich); der Zweck ist also offensichtlich, die relative Wirkung zum Ausdruck zu bringen. — Die stilistischen Ausführungen Oertmanns können den Tatsachen gegenüber nicht durchschlagen.

Ebensowenig entspricht die entgegengesetzte Theorie, nach der die Anfechtungswirkung erst durch konstitutive Richtigkeitserklärung des Richters herbeigeführt wird, dem Gesetz. Meines Erachtens spricht dagegen schon, daß der konstitutive Akt im Urteil zum Ausdruck kommen müßte, während das bei der Gläubigeranfechtung nicht notwendig ist. Mag man den Einwand vielleicht dadurch entkräften, daß man eine solche Wirkung in das Urteil hineininterpretiert — findet man doch tatsächlich in der Praxis Urteile, die damit beginnen, „diese oder jene Handlung wird für ungültig erklärt"[11]) — so ist doch zu beachten, daß die Anfechtung nach gesetzlicher Vorschrift auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann. Daß hier das die Aberkennung des klägerischen Anspruchs aussprechende Urteil gleichzeitig Bewirkungsurteil ist und die vollzogene Anfechtung zum Ausdruck bringt, wird wohl schwerlich jemand behaupten[12]). Indessen könnte man auch dann noch wieder den Standpunkt vertreten, daß ein ausdrücklicher konstituierender Ausspruch des Richters nicht erforderlich ist, schon die richterliche Entscheidung genüge. Aber gerade die richterliche Entscheidung wird man doch verlangen müssen. Nun denke man sich folgenden Fall: A pfändet eine Sache des B, demgegenüber er Gläubigeranfechtungsrecht hat. Die Pfändung der fremden Sache ist zunächst ungültig. B erhebt die Widerspruchsklage aus § 771 CPO., und A macht die Anfechtung einredeweise geltend. Dann vergleichen sich beide Teile dahin, daß B gegen Empfang einer geringen Summe seinen Antrag fallen läßt. Wenn die Anfechtung erst mit der richterlichen

11) Vergl. z. B. Jaeckel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses, § 12 Anm. 5.

12) Gerade wegen der Möglichkeit einredeweiser Geltendmachung der Anfechtung ebenfalls dagegen Jaeger, Komm. § 29 Anm. 2; Langheineken, Anspruch und Einrede 115 f.

Entscheidung vollzogen wäre, läge hier eine wirksame Anfechtung nicht vor. Danach würde A, wenn er die Sache nun versteigern ließe, den Erlös ohne Rechtsgrund haben. Denn gerade nach dieser Auffassung besteht ein Recht auf den Erlös erst nach vollzogener Anfechtung. Die Stellung von A wäre also z. B. den Gläubigern von B gegenüber höchst prekär. Das Gesetz führt aber durchaus nicht zu dieser Einschränkung. Die Anfechtung erfolgt im Wege der Einrede. Also mußte sie auch hier gültig vollzogen sein. Es darf nur nicht der Prozeß mit seinen Wirkungen durch eine Klagezurücknahme rückgängig gemacht werden, da hier alles rückwärts hin zusammenstürzt; daß der Prozeß gerade durch Urteil beendet wird, wird vom Gesetz nicht vorausgesetzt [13]).

Es bleibt also nur noch übrig, daß man für die Anfechtung eine Erklärung verlangt. Unter den Anhängern dieser Theorie besteht sodann wieder Streit, ob die Anfechtungserklärung zu jeder Zeit, also auch, und darauf kommt es besonders an, außergerichtlich erfolgen kann oder nur im Prozeß. Während die erstere Auffassung früher nur vereinzelt vertreten wurde, hat sie seit der Einführung des BGB. viele Anhänger gewonnen [14]), die in der Mehrzahl davon ausgehen, daß ein

---

13) Zu der bekämpften Auffassung scheint Hellwig, DJZ. 10, 250 zu neigen.

14) Eine außergerichtliche Erklärung halten für hinreichend Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht 220; Kohler, Leitfaden [2] 138; Fitting, Reichskonkursprozeß [3] 216; Wilmowsky-Kurlbaum, Kommentar z. KO. § 29 N. 14; Wolff, Kommentar z. KO. § 29 N. 11; Petersen-Kleinfeller, Komm. z. KO. § 29 N. 11; Oertmann, ZZP. 33, 30; Crome, Lehrbuch des BGB. § 184 (Bd. 2); Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts [8] § 199, 2; Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung wegen Benachteiligung der Gläubiger (Münch. Diss.), S. 27; H. Müller, Anfechtungsrecht der Gläubiger (Tüb. Diss.), S. 32 ff.; Silbermann, Konkurspauliana (Würzb. Diss.), S. 60 f.; Förtsch, im „Recht" 1900, S. 181; Rintelen, ebenda 1905,

Unterschied zwischen der Gläubigeranfechtung und der Anfechtung des BGB. z. B. wegen Irrtums u. s. w. nicht mehr bestehe. Dagegen ist dann wieder von verschiedenen Seiten Front gemacht, und hat sich insbesondere das Reichsgericht hiergegen zu Gunsten der herrschenden Auffassung ausgesprochen. Und man muß hierin dem Reichsgericht und den übrigen Vertretern dieser Ansicht recht geben. Mit Recht wird von ihnen hervorgehoben, daß das Gesetz nur von einer Anfechtung im Wege der Klage und der Einrede spricht. Gerade wo doch diese Ansicht

---

S. 240 f.; Hellwig, ZZP. 26, 474 und später wiederholt, vergl. dann aber Lehrbuch § 38 Note 9, und DJZ. 10, 250.

Vielfach wird entscheidendes Gewicht auf die Aenderung im Gesetz in Bezug auf die Verjährung gelegt. Bekanntlich lautete § 34 KO. (alter Fassung): „Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahr u. s. w." und entsprechend im Anfechtungsgesetz. Dafür hat das Gesetz jetzt überall eine Ausschlußfrist gesetzt. Meines Erachtens ist diese Aenderung für die Frage nach der formellen Geltendmachung des Anfechtungsrechts bedeutungslos. Ebenso Jaeger, Komm., mehrfach, z. B. § 29 Anm. 55. Rintelen („Recht" 1905, S. 240 f.) sucht nachzuweisen, daß infolge dieser Aenderung die Beschränkung der Geltendmachung auf den Prozeß keinen Zweck mehr habe. Dagegen ist denn doch wohl zu bemerken, daß die Beschränkung lediglich aus dem von Rintelen angeführten weggefallenen Grund auch früher keinen Zweck gehabt hätte. Ferner bleibt doch das Argument, das der Gesetzestext gewährt, bestehen. Rintelen kämpft dagegen mit der Behauptung, das Gesetz treffe in § 5 und § 9 des Anfechtungsgesetzes nur Bestimmungen für den Fall, „wenn" die Anfechtung einredeweise oder durch Klage erfolge. Aber damit würde doch der § 9 zum großen Teil unverständlich. Erfolgt nämlich die Anfechtung nicht im Wege der Klage, sondern außergerichtlich, so müßte doch bei Einklagung der Rückgewährsgegenstände ebenfalls die genaue Angabe im Klagantrag erfolgen; die Beschränkung im § 9 wäre also geradezu Unsinn.

Von der Frage, ob die Anfechtung durch außergerichtliche Erklärung geltend gemacht werden kann oder nicht, ist eine andere nicht minder wichtige Streitfrage getrennt zu halten, ob der Anspruch auf „Rückgewähr" erst mit der Anfechtung entsteht (so z. B. Seuffert, Kohler, Oertmann u. a.) oder bereits, sobald die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung vorhanden sind (so Jaeger, Wendt, RGEntsch. 58, 147).

vorher die durchaus herrschende war, mußte das Gesetz, wenn es hier eine Aenderung herbeiführen wollte, dies schärfer zum Ausdruck bringen. Sodann spricht, wie bereits das Reichsgericht [15]) mit hinreichender Schärfe hervorgehoben hat, der § 4 des Anfechtungsgesetzes gegen die bekämpfte Auffassung. Das Gesetz „verlangt auch jetzt wieder in § 4 die Zustellung eines Schriftsatzes, wenn der Gläubiger, bevor er einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat oder seine Forderung fällig ist, behufs Erstreckung der Anfechtungsfristen den Anfechtungsgegner von seiner Absicht, die Rechtshandlung anzufechten, in Kenntnis setzen will. Hätte das Gesetz die Anfechtung selbst durch jede formlose Erklärung zulassen wollen, so wäre es nicht recht verständlich, weshalb es für die bloße Ankündigung der künftigen Anfechtung noch die Zustellung eines Schriftsatzes erfordert haben sollte“ [16]).

Nun fragt es sich denn weiter: genügt die im Prozeß erfolgende Zustellung eines vorbereitenden Schriftsatzes, tritt also schon mit der Zustellung des vorbereitenden Schriftsatzes die Anfechtungswirkung ein, oder ist Vorbringen in der mündlichen Verhandlung erforderlich? Das Reichsgericht vertritt bisher beide Standpunkte, und zwar der fünfte Senat [17]) den ersteren, der siebente Senat [18]) den letzteren Standpunkt. So viel ist sicher, zu einer eigenlichen Prozeßhandlung wird die Anfechtungserklärung auf keinen Fall, auch dann nicht, wenn sie nur in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden kann. Das Wesen der Prozeßhandlung besteht in der Be-

---

15) Entsch. d. RG. 52, 340 f.

16) Hiergegen Rintelen (Recht 9, 242), jedoch ohne tiefere Begründung.

17) Entsch. 52, 335 ff.

18) Entsch. v. 29. März und 28. Juni 1904, Entsch. 58, 47, JW. 1904, S. 367 und 496, „Recht“ 8, 388, DJZ. 9, 697.

ziehung zum Prozeß. Die Prozeßhandlung hat den Zweck, den Prozeß vorwärts zu bringen, und da dieser Zweck seine endgültige Erfüllung in der Beendigung des Prozesses findet, mag sie durch formell rechtskräftiges Urteil, Vergleich oder Klagezurücknahme herbeigeführt werden, so muß die Prozeßhandlung unmittelbar oder mittelbar auf dieses Ziel gerichtet sein. Es hat aber die Anfechtung als solche niemals einen prozessualen Zweck, d. h. einen Zweck, der zu dem Prozeß, in dem sie in irgend einer Form geltend gemacht wird, in unmittelbarer prozessualer Beziehung steht. Vielmehr hat die Anfechtung zunächst einen materiellrechtlichen Zweck, nämlich die Aufhebung der rechtlichen Wirkung der angefochtenen Rechtshandlung. Erst die Berufung auf diese Anfechtungswirkung, sei es daß sie in Form der Einrede oder der klageweisen Durchführung der Anfechtungsfolgen erfolgt, enthält die Prozeßhandlung.

Aeußerlich werden beide Erklärungen häufig in eine zusammen gefaßt werden, so daß die eine Erklärung die Anfechtung enthält und gleichzeitig die Berufung auf dieselbe darstellt; in dieser Richtung ist die äußerliche Form natürlich für die rechtliche Beurteilung des Vorganges gleichgültig. Wenn nun die Anfechtung lediglich im Prozeß vollzogen werden kann, so kann das nur bedeuten, daß die Anfechtungserklärung rein äußerlich in die Form einer Prozeßhandlung gekleidet werden soll [19]).

Jaeger [20]) argumentiert folgendermaßen: Die Fristen des § 41 KO. und des § 12 des Anfechtungsgesetzes seien nur infolge theoretischen Irrtums der Redaktoren zu Ausschlußfristen gestempelt, und binde dieser Irrtum nur so weit, als er im Gesetz Ausdruck gefunden habe. Wäre es bei der Verjährung

19) Dagegen Rintelen, „Recht" 9, 240 f.

20) Kommentar § 29 Anm. 56.

geblieben, so kämen für die Fristwahrung die Sätze der Verjährungsunterbrechung in Betracht. Nun käme jetzt zwar die Anerkennung nicht in Frage. Da aber sachliche Aenderungen nicht angestrebt seien, müsse man annehmen, daß die zur Fristenwahrung erforderliche Geltendmachung des Anfechtungsrechts nach wie vor nur eine gerichtliche Geltendmachung und daß für diesen Begriff die Analogie des § 204 BGB. maßgebend sei. Daraus folge, daß stets Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung erforderlich wäre. Meines Erachtens scheitert die Jaegersche Beweisführung daran, daß die Wirkung der Unterbrechung bei der Verjährung im Falle des § 209 BGB. gerade an eine Prozeßhandlung geknüpft ist, während sich die Anfechtungswirkung an eine Handlung anlehnt, die ihrem innersten Wesen nach gerade keine Prozeßhandlung ist. Damit soll nicht gesagt sein, daß Jaegers Schlußfolgerung in sich fehlerhaft sei. Jaeger gehört ja zu den Vertretern der Auffassung, daß ein besonderer Anfechtungsakt nicht erforderlich sei, sondern mit Vorhandensein der Anfechtungsvoraussetzung die Rückgewährungspflicht unmittelbar entstehe. Hier kann er allerdings mit der Heranziehung der Verjährung operieren. Dabei übersieht er aber, daß der fünfte Senat diesen Standpunkt nicht teilt. Das gilt wenigstens für die von Jaeger bekämpfte Entscheidung im Bd. 52, S. 334 ff. Hier vertritt der fünfte Zivilsenat entschieden die Auffassung, daß eine Anfechtungserklärung nötig sei. Der siebente Senat hat sich allerdings später in der Entscheidung vom 29. März 1904 (Entsch. 58, 47) dieser Entscheidung nicht angeschlossen, sondern sich wieder ganz auf den Jaegerschen Standpunkt gestellt. Man wird jedoch auch bei der hier vertretenen Auffassung zu gleichem Resultat kommen wie Jaeger, im Gegensatz zum fünften Senat. Wenn das Gesetz verlangt, daß die Anfechtung im Prozeß erfolgen muß, und für sie die Form einer Prozeßhand-

lung vorschreibt, so könnte man ja an sich jede Prozeßhandlungsform, also auch die Form, in der die Zustellung eines Schriftsatzes geschieht, genügen lassen. Aus den vom Gesetz hervorgehobenen Formen der Klageerhebung und der Einrede und einem gewissen Gegensatz, der sich aus diesen Formen zu der in § 4 vorgeschriebenen Zustellung eines Schriftsatzes ergibt, geht jedoch hervor, daß das Gesetz die Form verlangt, in welcher ein Anspruch gerichtlich geltend gemacht wird. Das ist aber lediglich die Klage und das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung [21]). Außerdem steht für den Fall, daß der Anfechtungsgegner in Konkurs fällt, die Anmeldung zum Konkurs diesen Formen gleich. Auch sie ist eine Form, in welcher Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden.

So zwecklos und unverständlich, wie vielfach behauptet wird, sind übrigens diese Formen der Gläubigeranfechtung durchaus nicht. Daß zunächst überhaupt eine Form verlangt wird, erscheint mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Aktes als höchst zweckmäßig. Das Gesetz stellt zwar im § 143 BGB. als Regel für die Anfechtung formlose Erklärung auf. Aber das BGB. selbst enthält eine große Anzahl von Ausnahmen. Diese treten durchweg ein, wo die Anfechtung von besonders einschneidender Wirkung ist, und zumal da, wo es sich nicht um Anfechtung gegenüber dem Vertragsgegner handelt, sondern wo die Anfechtung in die Rechtssphäre Dritter eingreift. Derjenige, der schon mit mir geschäftlich zu tun hat, wird jeder Erklärung von meiner Seite die genügende Beachtung schenken und schenken müssen. Tut er es nicht, so ist es mit Recht sein Schade, seine Schuld. Der Dritte aber muß deutlicher und in schärferer Weise aufmerksam gemacht werden; er muß gleich-

21) Ebenso im Resultat außer Jaeger insbesondere Hartmann-Meikel, Kommentar z. Anfechtungsgesetz 88 f. und Sarwey-Bossert, Kommentar z. KO.[4] § 29 Ziff. 3.

sam mit der Nase auf die Anfechtung und die daraus für ihn sich ergebenden Folgen gestoßen werden. Bei der Gläubigeranfechtung ist nun sowohl der Anfechtungsgegner Drittbeteiligter als auch die Anfechtung von einschneidender Wirkung. Was ist verständlicher, als daß das Gesetz hier eine Form vorschreibt! Und sodann die Art der Form. Die Anfechtung hat hier, wenn sie auch unmittelbar einen materiellrechtlichen Zweck, die Aufhebung der Rechtswirkung, verfolgt, doch mittelbar einen prozessualen Zweck, die Ermöglichung erweiterter Zwangsvollstreckung. Da ist es doch höchst natürlich, daß dieser mittelbare Zweck, gleichzeitig der Hauptzweck der Gläubigeranfechtung, für die Form ausschlaggebend ist und daß für die Form der Gläubigeranfechtung die prozessuale Form vorgeschlagen wird, zumal da sie der Sachlage entsprechend praktisch zu recht brauchbaren Resultaten führt.

Wenn man sich für eine Anfechtung mit aufhebender Wirkung entscheidet, so ist damit noch keineswegs zugleich behauptet, daß die Anfechtung absolute Wirkung haben müsse, Im allgemeinen hat ja die Anfechtung Nichtigkeit des angefochtenen Aktes zur Folge, d. h. die sämtlichen Rechtsfolgen des betreffenden Aktes treten nicht ein. Aber das ist nur die gewöhnliche Folge, so wie sie z. B. das BGB. regelmäßig an den Tatbestand, den es Anfechtung nennt, knüpft, keinesfalls ist es logische Notwendigkeit. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Anfechtung nicht in bestimmten Fällen nur relative Wirkungen hervorrufen könnte, so daß der angefochtene Akt nur im Verhältnis zwischen bestimmten Personen unwirksam ist[22]). Die Anfechtung vernichtet nicht den tatsächlichen Akt, an dem das Recht die Rechtsfolgen knüpft. Der tatsächliche Akt läßt sich

22) Vergl. freilich Hellwig, Lehrbuch d. deutschen Zivilprozeßrechts 253: „die Anfechtung vernichtet die sämtlicheu Rechtsfolgen.“

als historisches Ereignis überhaupt nicht ungeschehen machen. Beseitigt werden nur die rechtlichen Wirkungen. Gerade weil die rechtlichen Wirkungen nicht als faktische Folgen, als Naturereignisse mit unabwendbarer Konsequenz, sondern lediglich kraft der Rechtsordnung, weil der allgemeine Wille sie will, eintreten, läßt sich hier alles denken: die Wirkungen können ganz, sie können auch bloß zum Teil hinweggedacht werden; man kann sie hinwegdenken, als ob sie von vornherein nicht vorhanden gewesen sind, oder auch so, daß sie von einem bestimmten Augenblick ab fortfallen. Schließlich ist denn auch recht wohl denkbar, daß die Wirkungen nur eine Abschwächung in der Weise erfahren, daß sie bestimmten Personen gegenüber aufgehoben werden, dagegen anderen gegenüber existent bleiben. Man kann sich in letzterem Fall die Sachlage auch so denken, daß man verschiedene Wirkungen annimmt und die einen als aufgehoben, die anderen als existent betrachtet. Von Nichtigkeit kann man hier natürlich nicht mehr sprechen. Die Anfechtung des BGB. hat nach § 142 regelmäßig totale Wirkung. Dagegen hat die Gläubigeranfechtung nur Wirkung zwischen dem Anfechtungsgegner und dem anfechtenden Gläubiger. Nur in einer Hinsicht muß eine Erweiterung eintreten. Die Anfechtung soll bewirken, daß für die Zwangsvollstreckung des Gläubigers die Rechtslage so ist, als ob der angefochtene Akt nicht vorhanden sei. Insofern muß die Anfechtung gewissermaßen als Reflexwirkung auch für das Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner oder genauer zum Vermögen des Schuldners wirken. Daher muß der Schuldner bezw. der Konkursverwalter ein durch die Anfechtung gültig gewordenes Pfandrecht auch gegen sich als wirksam anerkennen. Die entgegengesetzte vom Reichsgericht (Bd. 32 S. 102) vertretene Auffassung wird dem der Gläubigeranfechtung als erweiterter Zwangsvollstreckung innewohnenden Zweck nicht gerecht und ist auch aus anderen Gründen

nicht haltbar[23]). Man wende nicht ein, ipso-iure-Wirkung mit relativer Kraft sei ein Unding. Man findet zwar häufig die Auffassung, daß ipso-iure-Wirkung, dingliche Wirkung und absolute Wirkung alles dasselbe sei. Das ist jedoch nicht richtig. Es läßt sich vom logischen Standpunkt aus recht wohl denken, daß eine ipso-iure-Wirkung nur relative Kraft hat, also nur zwischen zwei Personen wirkt.

Das zweite im Gläubigeranfechtungsrecht gelegene Moment, der Anspruch auf Duldung der Befriedigung, hat einen doppelten Zweck. In erster Linie dient dieser Anspruch dazu, die Zwangsvollstreckung des Gläubigers in Gegenstände, an denen das der Vollstreckung entgegenstehende Recht des Anfechtungsgegners beseitigt ist, gegenüber der tatsächlichen Herrschaft des letzteren durchzusetzen. In einzelnen Fällen hat indessen das Recht auf Duldung auch den Zweck, die Vollstreckung des Gläubigers zu sichern. Anfechtung und Duldungsanspruch stehen überall im engsten Zusammenhang. Eine Anfechtung hat keinen Zweck, wo der Anfechtungsgegner nicht eine Zwangsvollstreckung oder eine ihrem Resultat gleichstehende Wirkung zu dulden hätte. Der Zusammenhang ist aber keineswegs ein derartiger, daß für die Geltendmachung des Gläubigeranfechtungsrechts daraus mit logischer Notwendigkeit folgte, daß beide Akte, Anfechtung und Durchführung des Duldungsprozesses, in einem Prozeß geltend gemacht werden müßten. Es läßt sich recht wohl denken, daß in einer Klage die Anfechtung geltend gemacht und dann im Urteil die Wirkungslosigkeit einer bestimmten Rechtshandlung festgestellt wird, und daß in einem zweiten Prozeß auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die Gegenstände, bezüglich deren eine Rechtshandlung angefochten wird, geklagt wird. Natürlich müßte für den ersten Prozeß, da es sich hier um eine Fest-

23) Siehe unten den praktischen Fall S. 327 f. Wie hier auch Voigt a. a. O. 216.

stellungsklage handelt, die Voraussetzung einer solchen, also das Interesse an alsbaldiger Feststellung, vorliegen. Diese Möglichkeit doppelter Klage für die Durchsetzung des Gläubigeranfechtungsrechts ist denn auch tatsächlich für die konkursmäßige Anfechtung gegeben, insofern als für sie eine entgegenstehende gesetzliche Vorschrift nicht vorhanden ist. Für die außerkonkursmäßige Anfechtung hat jedoch das Gesetz die Trennung in jene beiden Klagen verboten, so daß die Nichtbeachtung dieser Bestimmung Abweisung der Klage herbeiführen müßte. Maßgebend war für die Gesetzgeber die Erwägung, daß für eine besondere Feststellungsklage nicht nur kein Bedürfnis vorhanden sei, sondern daß die Zulassung solcher Klagen leicht zur Vervielfältigung der Prozesse und Belästigung des Anfechtungsgegners mißbraucht werden könnte. Auch war man der Ansicht, eine Zerspaltung der Geltendmachung des Gläubigeranfechtungsrechts in zwei gesonderte Klagangriffe, sowie insbesondere die Zulässigkeit der Feststellungsklage werde dem Grundsatz widersprechen, daß es für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, durch welche das Anfechtungsrecht des einzelnen Gläubigers bedingt ist, auf denjenigen Zeitpunkt ankommt, zu welchem die Befriedigung und zu dem Zweck die Wirkungen der Anfechtung geltend gemacht werden sollen. Die gesetzliche Bestimmung findet sich im § 9 des Anfechtungsgesetzes: „Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage, so hat der Klagantrag bestimmt zu bezeichnen, in welchem Umfange und in welcher Weise die Rückgewähr seitens des Empfängers bewirkt werden soll." Die Motive bemerken hierzu ausdrücklich, daß die Bestimmung „über die Bedeutung einer nur deklarativen Vorschrift insofern hinausgeht, als sie die Beschränkung einer Anfechtungsklage auf das sogenannte iudicium rescindens ausschließt, vielmehr die Verbindung mit dem sog. iudicium rescissorium verlangt". Für die einredeweise Geltend-

machung existiert eine entsprechende gesetzliche Vorschrift nicht. Da, wo eine tatsächliche Herrschaft des Dritten nicht zu brechen ist, führt bereits die Anfechtung selbst zum Ziel. Praktisch wird das einerseits in den Fällen, in denen der Berechtigte die Sache, deren Erwerb angefochten wird, nicht im Gewahrsam hat, mag der unmittelbare Besitz dem Anfechtenden selbst oder einem zur Herausgabe bereiten Dritten zustehen, andererseits bei Forderungen und ähnlichen Rechten, sofern hier nicht der Anfechtende zur Durchführung der Zwangsvollstreckung den Besitz bestimmter Urkunden oder eine Mitwirkung des Dritten erstreiten muß. Denn wenn hier das Recht des Dritten zu dem Objekt der Anfechtung selbst unwirksam gemacht ist, steht der Zwangsvollstreckung nichts entgegen. Nehmen wir nun an, dem Gläubiger ist es gelungen, trotz der entgegenstehenden Rechte des Dritten formell die Zwangsvollstreckung ins Werk zu setzen. Dann kann er sich dem Angriff des Gegners gegenüber durch Berufung auf sein Anfechtungsrecht schützen. Dazu hat er zwei Wege: Entweder er wartet den Angriff des Gegners ab und ficht dann in dessen Prozeß an. Die Berufung auf die vollzogene Anfechtung, das ist formell möglicherweise die in der mündlichen Verhandlung abgegebene Anfechtungserklärung selbst, schlägt dann die Klage des Gegners aus dem Felde und sichert seine Zwangsvollstreckung. Der Duldungsanspruch kommt hier nicht in Betracht, für ihn ist hier keine praktische Verwendung [23a]). Oder er geht seinerseits im Wege der Klage vor und bringt im eigenen Prozeß die Anfechtung zur Wirkung. Auch hier genügt ja an sich bereits die Anfechtung. Tatsächlich kann man sich für den Konkurs auch darauf beschränken. Bei der außerkonkursmäßigen Anfechtung gerät man dann jedoch mit der Vorschrift des § 9 des Anfechtungsgesetzes in Konflikt. Nun

23a) Die Ausdrucksweise in § 5 des Anfechtungsgesetzes („Anfechtungsanspruch“) ist demnach ungenau.

ließe sich vielleicht behaupten, daß diese Vorschrift nur zwei Prozesse vermeiden soll, in dieser Beziehung hier jedoch jede Gefahr ausgeschlossen sei. Diese Behauptung könnte indessen leicht den Vorwurf der Willkürlichkeit auf sich ziehen. Man wird sich wohl zutreffender scharf ans Gesetz halten und hier die Geltendmachung des Duldungsanspruchs mit einem dem § 9 entsprechend formulierten Klagantrag verlangen. In diesem einen Fall hat dann der Duldungsanspruch tatsächlich nur den Zweck, die Zwangsvollstreckung des Anfechtungsberechtigten zu sichern.

Das Gläubigeranfechtungsrecht selbst wird existent, sobald seine Voraussetzungen vorhanden sind. Da das Anfechtungsrecht und der Duldungsanspruch Ausflüsse ein und desselben Rechts sind, werden beide ebenfalls mit der Entstehung des Gläubigeranfechtungsrechts existent. Für die Geltendmachung des Duldungsanspruchs ist aber die vollzogene Anfechtung praktische Voraussetzung. Man könnte einwenden, und ist das auch wirklich insbesondere von seiten Jaegers[24]) geschehen: was hat denn die ganze Anfechtung mit der aus ihr resultierenden Unwirksamkeit überhaupt für einen Zweck; man kommt doch schließlich mit dem Duldungsanspruch vollkommen aus. Wenn der Anfechtungsgegner die Vollstreckung dulden muß, ist es doch völlig gleichgültig, ob das Recht des Anfechtungsgegners für den Anfechtungsgläubiger unwirksam gemacht wird oder nicht. Der Einwand wäre zweifellos begründet, wenn wir nicht die Möglichkeit der einredeweisen Geltendmachung hätten. So kommt man meines Erachtens mit einem wichtigen Prinzip der Zwangsvollstreckung, das heute kaum noch von irgend einer Seite bezweifelt wird, in Konflikt. Die Einrede der Gläubigeranfechtung wird ihre praktische Anwendung in der Hauptsache gegenüber der Widerspruchsklage des § 771

24) Komm. § 29 Anm. 55; ebenso Müller, a. a. O. S. 25.

ZPO. haben. Wenn nun der Anfechtungsgegner hier als „Dritter" sein die Veräußerung hinderndes Recht im Wege der Klage nach § 771 geltend machte, dann könnte der Gläubiger ja einwenden, um das Widerspruchsrecht aus dem Felde zu schlagen, daß der Dritte, d. i. der Interventionskläger, verpflichtet sei, die Zwangsvollstreckung zu dulden. Das ist aber nach der herrschenden Ansicht unstatthaft: Der Interventionsklage kann nicht der Einwand entgegengesetzt werden, daß der Intervenient nach materiellem Recht verpflichtet sei, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners oder einzelne Vermögensbestandteile desselben zu dulden[25]). Das Anfechtungsgesetz bestimmt demgegenüber aber ausdrücklich, daß Geltendmachung im Wege der Einrede zulässig ist, also auch wirksam sein soll. Daß jener wichtige Satz unrichtig ist, wird man gegenüber der Begründung, die er in Literatur und Judikatur gefunden hat, trotz der Bestimmung des Anfechtungsgesetzes wohl kaum noch behaupten können. Es bleibt sonach nur übrig, entweder hier eine positive Ausnahme anzunehmen oder Gewicht auf die Anfechtung zu legen. Hier hilft uns eine interessante Parallele. Völlig entsprechend liegt die Sachlage bei dem dem Frauengläubiger gegen den Ehemann gegebenen Anspruch auf Duldung der Befriedigung aus dem Eingebrachten[26]). Auch dort wird die Frage ganz in der entsprechenden Weise praktisch. Aber gerade

---

25) So Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. 2, S. 415, 471; Wilmowsky-Levy, ZPO.[7] § 690 Anm. 4; Petersen-Anger, Komm. z. ZPO.[4] § 771 Nr. 3; Staub, Komm. z. HGB.[6] § 124 Nr. 9 u. 15; Falkmann, Die Zwangsvollstreckung[2] 10, insbesondere Anm. 9; v. Schrutka-Rechtenstamm, Zur Dogmengeschichte 2, 127 ff. Siehe auch meine „Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte und das Gesamtgut", Rostocker rechtswissentsch. Studien 2, H. 6 S. 8. Vergl. auch die Bemerkung bei Seuffert, Komm. z. ZPO.[8] 2 § 771 Ziffer 6.

26) Vergl. meine Anm. 25 zitierte Abhandl. 3 ff.

dort fehlt die gesetzliche Bestimmung, daß der Duldungsanspruch im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann. Man nimmt denn auch allgemein an, gerade mit Rücksicht auf die gesetzlichen Bestimmungen in § 739 ff. ZPO., daß zur Vollstreckung in das Eingebrachte stets ein Urteil gegen den Ehemann auf Duldung erforderlich ist, und daß der Gläubiger der Frau die Widerspruchsklage des Ehemanns nicht durch Berufung auf die Duldungspflicht abschlagen kann. Wenn man nun beide Verhältnisse vergleicht, so fällt in die Augen, daß bei dem ehegüterrechtlichen Verhältnis von einer Anfechtung oder einer relativen Unwirksamkeit keine Rede ist[27]). Ganz anders bei der Gläubigeranfechtung! Sieht man nun in der Gläubigeranfechtung tatsächlich eine Anfechtung, die eine bestimmte Unwirksamkeit herbeiführt, so ist alles in schönster Ordnung und fehlt jeder Widerspruch. Dann ist auch der Unterschied in der Behandlung der beiden verglichenen Verhältnisse durchaus klar: bei dem familienrechtlichen Verhältnisse keine Unwirksamkeit, sondern nur ein obligatorischer Anspruch auf Duldung; daher ungeeignet zur Einrede gegen die Widerspruchsklage; — bei der Gläubigeranfechtung Anfechtung mit Unwirksamkeit; es wird also der Widerspruchsklage hier nicht der obligatorische Duldungsanspruch, sondern die Unwirksamkeit des Rechts, auf welches die Klage gestützt wird, entgegengehalten; daher Zulässigkeit der einredeweisen Geltendmachung. Die Gestaltung bei der Einrede muß aber für das Gläubigeranfechtungsrecht in toto maßgebend sein[28]).

---

27) Vergl. meine zitierte Abhandl. 7.

28) Wie stellt man sich von der hier vertretenen Theorie aus zu einer Reihe weiterer bestrittener Fragen des Anfechtungsrechts, z. B. der Widerspruchsklage u. a. (vergl. Oertmann, ZZP. 33, 8 ff.)? Der Anspruch auf Duldnng der Zwangsvollstreckung richtet sich naturgemäß gegen den Anfechtungsgegner, und zwar gegen ihn allein, nicht gegen seine Gläubiger. Daher hat der anfechtungsberechtigte Gläubiger nach

Durch den Konkurs wird gemäß § 240 ZPO. das Verfahren, welches die Konkursmasse betrifft, unterbrochen. In gleicher Weise wird nach § 13 des Anfechtungsgesetzes ein über das Anfechtungsrecht rechtshängiges Verfahren unterbrochen. Der Grund für die Unterbrechung gemäß § 240 ZPO. ist in § 6 der KO. zu suchen. Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten, und die Prozeßführung ist ein Akt der Vermögensverwaltung. Dieser Grund trifft jedoch für die Unterbrechung in § 13 des Anfechtungsgesetzes nicht zu. Nun bestimmt jedoch die KO. weiter, daß während der Dauer des Konkursverfahrens Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger nicht stattfinden. Da nun nach unserer Entwickelung die Durchführung des Anfechtungsrechts nichts weiter als eine Art der Zwangsvollstreckung ist, so kann sie ebensowenig wie jede andere Zwangsvollstreckung fortgesetzt werden. Deshalb wird der Anfechtungsprozeß unterbrochen [29]).

Jetzt endlich sind alle Vorfragen erledigt, und können wir auf das Thema selbst eingehen. Wenn die Anfechtung im

---

Lage der Sache jedenfalls kein die Veräußerung hinderndes Recht. Entsprechend folgt, daß er auch kein Aus- oder Absonderungsrecht im Konkurs hat. Mag man nun die Anfechtung gegen die Gläubiger des Anfechtungsgegners wirken lassen oder nicht, immer stellt sich die Sachlage so, daß die Rechtsposition des Gläubigers die stärkere ist, d. h. stärker als die des Anfechtenden ist: dieser hat kein Recht an der Sache selbst, jener das durch die Pfändung erworbene Recht. Da, wo jedoch der Anfechtende bereits ein Pfandrecht oder eine gleichwertige Rechtsposition erworben hat, ist er der stärkere. In dieser Hinsicht wird übrigens die Jaegersche Theorie vielfach zu ähnlichen Resultaten führen. Doch wird es nach der hier vertretenen Auffassung stets darauf ankommen, daß eine Anfechtung zuvor erfolgt ist, da sonst durch die Pfändung gegen den Dritten, sofern er nicht eingewilligt hat, kein wirksames Pfandrecht entsteht.

29) Ebenso Voigt, a. a. O. 211 f.

Wege der Einrede geltend gemacht wird, kann natürlich eine Unterbrechung des Prozesses nicht stattfinden[30]). Der Prozeß dreht sich ja um Prozeßgegenstände, die der Konkurs an sich nicht berührt. Es handelt sich weder um einen Prozeß, der die Konkursmasse betrifft, noch um einen Anfechtungsprozeß. Dieser Prozeß geht vielmehr den Konkursverwalter garnichts an. Hierüber besteht denn auch kaum irgendwelche Meinungsverschiedenheit[30]). Nun dient aber die Anfechtungseinrede wie jede andere Gläubigeranfechtung zu Zwecken der Zwangsvollstreckung des Gläubigers, der hier im Prozeß Beklagter ist. Gerade die Zwangsvollstreckung soll jedoch dem Gläubiger während des Konkursverfahrens versagt sein. Ist demnach vom Zeitpunkte der Konkurseröffnung ab dem Beklagten die Einrede der Anfechtung schlechtweg versagt? Die Lösung ergibt sich aus dem Wesen der Anfechtung als erweiterter Zwangsvollstreckung. Hier kommen uns die diesbezüglichen vorhin gegebenen Ausführungen zu nutze. Eine Zwangsvollstreckung findet während des Konkursverfahrens nicht statt. Ist aber die bereits begonnene Zwangsvollstreckung so weit gediehen, daß der Gläubiger schon ein vollwirksames Pfandrecht erworben hat, so kann zwar das Pfandrecht eventuell durch Anfechtung vom Konkursverwalter wieder vernichtet werden, es wird jedoch an sich durch die Konkurseröffnung nicht berührt. Genau so ist die Sachlage bei der Anfechtung. Der Anfechtungsberechtigte erlangt durch die Pfändung eines Gegenstandes, den der Schuldner in anfechtbarer Weise auf einen Dritten übertrug, vor der Anfechtung kein gültiges Pfandrecht. Denn trotz der

30) Abweichend wohl nur Bunsen, ZZP. 26, 321. Vergl. dazu auch Voigt, a. a. O. 222. Immerhin findet sich gerade bei Bunsen der Gedanke, daß der Konkurs auch dann, wenn das Gläubigeranfechtungsrecht einredeweise geltend gemacht wird, nicht ganz einflußlos für dasselbe bleiben kann. Das verdient meines Erachtens Beachtung.

Anfechtbarkeit handelt es sich doch immer um den Gegenstand eines Dritten. Sobald aber die Anfechtung erfolgt ist, fällt dieses Hindernis hinweg, und das Pfandrecht wird vollgültig [31]). Somit ergibt sich schon hier als Resultat: Ist die Anfechtung erfolgt und bereits ein (mit Rücksicht auf die Anfechtung) gültiges Pfandrecht erwirkt, dann kann sich der Beklagte trotz der Konkurseröffnung auch fernerhin auf seine Rechte berufen. Fehlt es dagegen an einer Pfändung oder ist die Anfechtung noch nicht erfolgt und mangelt es infolgedessen an einem gültigen Pfandrecht, dann kann der Beklagte nach der Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners nicht mehr wirksam die Anfechtungserklärung abgeben, weil in diesem Falle die Anfechtung erst zu einem (wirksamen) Pfandrecht führen würde, mithin in ihr eine Zwangsvollstreckung läge, welche vom Gesetz dem einzelnen Konkursgläubiger versagt ist.

Werfen wir noch einen kurzen Blick auf die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung. In Frage kommt hier nur die außerkonkursmäßige. Abgesehen von den in §§ 3 und 3a des Anfechtungsgesetzes vorausgesetzten Tatbeständen ist Voraussetzung der Anfechtung, daß der Anfechtungsgläubiger eine fällige Forderung hat und die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners aussichtslos ist. Beide Voraussetzungen machen keine Schwierigkeiten. Weiter verlangt das Gesetz einen vollstreckbaren Titel. Da jedoch die Erhebung des Anfechtungsanspruchs (genauer Geltendmachung der Anfechtung, siehe oben S. 319 f.) im Wege der Einrede nach § 5 des Anfechtungsgesetzes erfolgen kann, bevor ein vollstreckbarer Schuldtitel für die Forderung erlangt ist, und in Erhebung der Einrede stets die Anfechtung liegt, ist für die Anfechtung der Schuld-

31) Ueber die zum Teil abweichende Auffassung des Reichsgerichts siehe den praktischen Fall S. 327 f.

titel unmittelbar nicht Voraussetzung. Doch bleibt die Wirksamkeit davon abhängig, gleichsam resolutiv bedingt, daß der Titel binnen der vom Gericht zu bestimmenden Frist beigebracht wird.

Was nun die Einwirkung der Konkurseröffnung über das Schuldnervermögen auf die Durchführung des Anspruchs auf Duldung der Zwangsvollstreckung betrifft, so ergibt sich die Antwort von selbst aus den bisherigen Darlegungen. Handelt es sich um den Anspruch auf Durchführung der Zwangsvollstreckung, also darum, die Pfändung erst anzubahnen, so kann ein solcher Anspruch nicht mehr weiterhin geltend gemacht werden. Dagegen wird der Anspruch, der nur noch die Funktion der Sicherung der bereits erfolgten Pfändung in sich trägt, durch die Konkurseröffnung nicht berührt. Für das Schicksal der Einrede trifft die Wirkung in Bezug auf Anfechtung und Duldungsanspruch zusammen. Die Einwirkung der Konkurseröffnung auf die Replik der Gläubigeranfechtung regelt sich in gleicher Weise wie bezüglich der Einrede.

Nach diesen Ergebnissen kann die Entscheidung der an den Anfang gestellten Fälle keine besonderen Schwierigkeiten mehr machen. Im ersten Falle hatte A eine Sache des B auf Grund eines vollstreckbaren Titels gegen B gepfändet. Diese Sache war dem C von B vorher in anfechtbarer Weise zu Eigentum übertragen. C erhebt Widerspruchsklage, und A macht die Einrede der Anfechtung geltend. Dann bricht Konkurs über B aus. Durch die Pfändung der fremden Sache konnte zunächst ein Pfandrecht nicht entstehen, mit der Anfechtung wurde jedoch dieses bis dahin unwirksame Pfandrecht vollwirksam, und hat die Konkurseröffnung auf dasselbe keinen Einfluß mehr. Daher wird die Widerspruchsklage abgewiesen. Bricht vor der Anfechtung der Konkurs aus, so besteht jedenfalls zur Zeit der Konkurseröffnung kein wirksames Pfand-

recht. Demgemäß ist die Anfechtung hier ausgeschlossen, und dringt die Widerspruchsklage durch. Natürlich könnte der Gläubiger, falls der Konkursverwalter nicht anficht, nach Beendigung des Konkurses seinerseits Anfechtungsklage erheben.

Im zweiten Falle pfändet A eine Forderung des B, die B in anfechtbarer Weise seinem Schuldner C erlassen hat. A läßt sich die Forderung überweisen. Bei Einklagung gegen C wird gegen den Einwand des Erlasses die Replik der Anfechtung erhoben. Bis zur Anfechtung in der mündlichen Verhandlung liegt ein gültiges Pfandrecht an der Forderung nicht vor. Ja bis zur Anfechtung des Verzichts existiert eine Forderung überhaupt nicht. Mit der Anfechtung wird die Forderung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Gegner wieder existent und das Pfandrecht wirksam. Tritt nun die Konkurseröffnung vor der Anfechtung ein, so ist die Replik ausgeschlossen, und der Kläger wird abgewiesen, wiederum dem Gedanken entsprechend, daß nach der Konkurseröffnung die Zwangsvollstreckung nicht mehr möglich ist und ein Pfandrecht nicht mehr zur Entstehung gelangen kann. Tritt sie indessen erst nach der Anfechtung ein, so hat sie auf das bereits wirksam gewordene Pfandrecht keinen Einfluß mehr. Das Reichsgericht (Entsch. 32, 103) hat diesen Fall anders entschieden mit der Begründung, daß wegen der strikt durchzuführenden obligatorischen Natur der Anfechtungswirkung das Pfandrecht der Masse gegenüber nicht gültig werde. Dem ist, wie bereits hervorgehoben, nicht beizustimmen. Uebrigens ist meines Erachtens ein nur gegen eine Person wirkendes Pfandrecht, also ein relatives Pfandrecht, eine contradictio in adiecto. Es ist scharf zu unterscheiden: die Wirkung der Anfechtung ist hier nur relativ; dort, wo aber diese relative Wirkung das Konvaleszieren des Pfandrechts zur Folge hat, wirkt das Pfandrecht

selbst absolut; das ist eine notwendige Reflexwirkung. Wäre die Entstehung des Pfandrechts ein Akt, bei dem alle Dritten hinzugezogen werden müßten, so würde die Entscheidung anders ausfallen. Aber die Begründung des Pfandrechts ist stets ein Akt zwischen zwei Personen, dessen Resultat jedoch dann gegen jedermann wirkt. Entsprechend muß diese absolute Wirkung überall da eintreten, wo die Begründungsvoraussetzungen zwischen den beiden Beteiligten vorhanden sind und eine zwischen ihnen wirksame Begründung vorliegt.

Im dritten Falle hatte B bei A Geld deponiert und dann das Eigentum am hinterlegten Geld auf C übertragen. Als C das Geld vindiziert, hält A entgegen, daß er eine fällige Forderung gegen B habe und daß die Eigentumsübertragung anfechtbar sei. Hier ist der besondere Umstand zu berücksichtigen, daß gerade bei Geldstücken nicht bloß Duldung der Zwangsvollstreckung, sondern unmittelbar Herausgabe des Geldes verlangt werden kann. Da der Beklagte das Geld hier bereits besitzt, also faktisch so gestellt ist, als ob ihm das Geld herausgegeben wäre, so ist die Lage tatsächlich dieselbe, als ob der Berechtigte das Geld gepfändet hätte. Dem absolut gleichen tatsächlichen Verhältnis gebührt dann auch die gleiche rechtliche Behandlung, zumal da eine wirkliche Pfändung ja gar keinen Zweck mehr hätte. Ein vollstreckbarer Titel ist, wie wir sahen, für die Anfechtung als solche nicht erforderlich. Er muß jedoch gemäß § 5 des Anfechtungsgesetzes nachgebracht werden; dazu wird bei Konkurseröffnung regelmäßig die Eintragung in die Tabelle genügen. Somit ergibt sich auch hier die Regelung: ist die Anfechtung vor der Konkurseröffnung erfolgt, so hat die Einrede Erfolg, andernfalls nicht.

Etwas komplizierter liegt folgender Fall: A hat eine Forderung gegen B und cediert sie an C. Dann erwirbt B

eine Forderung gegen A. Die Aufrechnung ist hier ja an sich ausgeschlossen. Es sei aber vorausgesetzt, daß die Cession für Gläubiger des A anfechtbar ist. C klagt gegen B, der sich auf Anfechtung und Aufrechnung beruft. Wenn hier B gegen A ein Urteil hätte, würde er die Cession der gegen ihn gerichteten Forderung anfechten und die Forderung pfänden können. Er würde sich dann aus der Summe, die er selbst an A zahlen müßte, für seine Forderung gegen A befriedigen. Das erfolgt durch Verrechnung der Posten. Tatsächlich hat also in diesem Fall der Anfechtungsberechtigte das, was ihm durch die Zwangsvollstreckung bei vollendeter Durchführung zukäme, von vornherein in Händen. Sollte man nicht hier die Sachlage ebenso wie in dem vorigen Fall beurteilen und sagen können: Mit Rücksicht auf die tatsächliche Lage muß für das Verhältnis zur Konkursmasse die Zwangsvollstreckung als schon beendet angesehen werden, sobald nur die Anfechtung erfolgt ist? Dann kann man auch hier entscheiden: ist die Anfechtung erfolgt, so bleibt die Konkurseröffnung wirkungslos, andernfalls ist die Einrede ausgeschlossen. Wer dieser Ansicht nicht folgt, muß die Einrede schlechthin ausschließen, wenn eine Pfändung nicht vorliegt; man wird aber dann praktisch in die größten Schwierigkeiten geraten.

Das aus den beiden letzten Fällen gezogene Resultat läßt sich wohl dahin verallgemeinern: Dem unwirksamen Pfandrecht, das durch die Anfechtung Gültigkeit erlangt, steht jede Rechtslage gleich, bei welcher der Anfechtungsberechtigte, was er durch die Zwangsvollstreckung erreichen will, die Befriedigung seiner Forderung, bereits tatsächlich erzielt hat. Hier macht die Anfechtung das tatsächliche Verhältnis zu einem dem Recht entsprechenden, und hat die Konkurseröffnung nach erfolgter Anfechtung keine Wirkung mehr.

Schließlich bleibt dann noch der letzte Fall. B pfändet wegen einer fälligen und vollstreckbaren Forderung gegen A eine Sache des A. Darauf erhebt C Klage auf vorzugsweise Befriedigung gegen B, der seinerseits einwendet, er fechte das Pfandrecht des Klägers an. Während des Prozesses bricht Konkurs über A aus. Meistenteils findet man in der Literatur die allgemeine Bemerkung: die Anfechtung des Absonderungsberechtigten als solchen bleibt vom Konkurs unberührt [32]). Dieser Satz erscheint indessen recht bedenklich. Wer ist denn eigentlich anfechtungsberechtigt? Doch nur ein Gläubiger, der eine fällige Forderung hat! Ein absonderungsberechtigter Gläubiger ist auch ein Gläubiger. Das Attribut besagt doch nichts weiter, als daß es sich hier um einen Gläubiger handelt, der zur Sicherung seiner Forderung ein Pfandrecht an einem Gegenstand der Konkursmasse hat und diesen aus der Masse herausverlangen kann. Die Existenz des Pfandrechts ist in Bezug auf die Anfechtungsberechtigung völlig gleichgültig. Als Gläubiger hat der Berechtigte das Anfechtungsrecht, nicht als Inhaber des dinglichen Rechts, des Pfandrechts. Hieraus folgt, daß der absonderungsberechtigte Gläubiger jedem anderen Gläubiger gleichsteht. Nun kommt noch ein anderes in Betracht. Bei den bisher besprochenen Fällen war bis zur Anfechtung ein gültiges Pfandrecht überhaupt noch nicht entstanden. Ganz anders liegt die Sache hier. Dadurch, daß bereits ein Pfandrecht an der Sache besteht, wird die Begründung eines zweiten Pfandrechts nicht gehindert. Das zweite Pfandrecht ist dem Eigentümer und Schuldner gegenüber vollgültig. Das zweite Pfandrecht hat nun nicht etwa die Bedeutung, daß nur die

32) Mit Recht bemerkt Voigt (a. a. O.) hierzu „In der Literatur nicht so sehr erörtert als erwähnt ist der Fall" 2c.

Wertquote, die nach Befriedigung des ersten Pfandgläubigers übrig bleibt, von demselben ergriffen wird. Vielmehr ergreift es die ganze Sache. Nur im Verhältnis zum ersten Pfandgläubiger muß der zweite nachstehen. Das zeigt sich am schärfsten, wenn der erste auf sein Recht verzichtet. Dann wird nicht etwa die erste Quote frei, sondern das zweite Pfandrecht hat nunmehr absolut unbeschränkte Kraft. Würde man diesen Standpunkt konsequent durchführen, so käme man allerdings dazu, daß das zweite Pfandrecht bei jeder Anfechtung, auch der des Konkursverwalters, an die erste Stelle rücke. Nach der herrschenden Auffassung soll aber die Anfechtung nur relative, also keine Wirkung auf Dritte ausüben[38]). Danach muß die Rechtslage tatsächlich doch so verstanden werden, als wenn in Rücksicht auf die Anfechtung nur die Wertquote gepfändet ist, und findet hier ein Nachrücken des zweiten Pfandgläubigers nicht statt[38]). Dann muß aber auch folgerichtig die Verschaffung einer besseren Stelle des Pfandrechts durch Anfechtung als der Erwerb eines anderen Vermögensbestandteils und als eine nach der Konkurseröffnung untersagte Zwangsvollstreckung angesehen werden. Die Anfechtung würde hier ja gewissermaßen ein anderes, ein zweites Pfandrecht schaffen. Demnach muß man auch hier entscheiden: ist die Anfechtung vor Konkurseröffnung erfolgt, so wird Kläger abgewiesen, anderenfalls dringt er durch. Es kann also der Satz „die Anfechtung der Absonderungsberechtigten wird durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners nicht beeinflußt" nicht als richtig anerkannt werden. Soll aber der Satz nichts weiter besagen, als daß die Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners auf ein durch die Anfechtung oder sonst vollgültig erwirktes

38) Vergl. Jaeger, Komm. § 29 Anm. 26.

Pfandrecht keinen Einfluß hat, so ist dann allerdings nichts gegen ihn einzuwenden.

Betrifft die Anfechtungseinrede einen Gegenstand, der nicht zur Konkursmasse des Schuldners gehören würde, so bleibt die Konkurseröffnung in Bezug auf die Einrede einflußlos. Das folgt unmittelbar aus dem Absatz 5 des § 13 des Anfechtungsgesetzes.

X.

Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung im Zivilrecht.

Von M. Rumpf, Oldenburg i. Gr.

Das Problem des ursächlichen Zusammenhangs läßt die Rechtswissenschaft, neuestens insbesondere die Zivilrechtswissenschaft nicht ruhen. Innerhalb etwa eines Jahres sind vier neue Bearbeitungen der Lehre erschienen. Voran steht die große Monographie Traegers, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904; ferner befaßt sich die Schrift Wiechowskis[1]), Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, 1904, und der größte Teil der Arbeit Littens, Die Ersatzpflicht des Tierhalters, 1905, mit den allgemeinen und einigen besonderen Fragen aus dem Kausalgebiete; endlich enthält meine „Teilnahme an unerlaubten Handlungen nach dem BGB.", 1904, einen kleinen Beitrag zu unserem Probleme. Der Umstand, daß keine dieser schnell aufeinander folgenden Arbeiten die Ergebnisse der anderen hat berücksichtigen können, wird vielleicht eine zusammenfassende Untersuchung über den jetzigen Stand der Lehre im Zivilrecht rechtfertigen.

In einem Kardinalpunkte herrscht eine erfreuliche Uebereinstimmung zwischen allen vier Schriftstellern, eine Uebereín-

1) Heft 55 der Belingschen Strafrechtlichen Abhandlungen.

stimmung, die bei der gegenseitigen Unabhängigkeit der Arbeiten besonders bedeutungsvoll ist: alle stehen auf dem Boden der Lehre von der adäquaten Verursachung; alle machen, Traeger allerdings in erschöpfender Darstellung und Kritik aller anderen juristischen Kausalitätstheorien, denselben Weg, von der Bedingungslehre über v. Kries zu Rümelin, keiner bleibt bei Rümelin stehen, sondern jeder versucht entweder eine Umformung der Rümelinschen oder die Aufstellung einer eigenen Theorie von der durch v. Kries gelegten Grundlage aus.

I.

Es soll zunächst die Entwickelung der Lehre von der adäquaten Verursachung, einstweilen ohne eigene kritische Beigaben und möglichst unter Verwendung der eigenen Sätze der einzelnen Schriftsteller, gegeben werden.

Die Lehre knüpft bekanntlich an die Bedingungslehre an, deren Kern v. Liszt[2]) so gefaßt hat: „Ursache ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Eintritt des eingetretenen Erfolges entfallen müßte."

Daß diese Theorie im Zivilrecht vor allem in den zahlreichen Fällen, in denen trotz mangelnden Verschuldens für einen verursachten Erfolg gehaftet wird, zu den unbilligsten Ergebnissen führt, ist schon zum Ueberdruß häufig dargestellt worden, und es sollen hier die abgehetzten Beispiele nicht noch ganz zu Tode gehetzt oder neue ersonnen werden.

Es ist einfach mit v. Kries[3]) davon auszugehen, daß unser Rechtsgefühl gebieterisch eine Einengung des Ursachenbegriffs der Bedingungstheorie fordert.

---

2) Die Deliktsobligationen im System des BGB., 1898, 68.

3) J. v. Kries, Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit, Vierteljahrsschrift für wissenschaftl. Philosophie, 12. Jahrg., S. 179 f., 287 f., 393 f.

Diese Einengung erreicht v. Kries durch die Heranziehung des Begriffs der objektiven Möglichkeit: nachdem man festgestellt hat, daß ein Moment conditio sine qua non eines Erfolges ist, hat man noch zu unterscheiden, „ob[4]) der Zusammenhang desselben mit dem Erfolge ein zu verallgemeinernder oder nur eine Eigentümlichkeit des vorliegenden Falles ist, ob das Moment, wie man wohl zu sagen pflegt, allgemein geeignet ist, eine Tendenz besitzt, einen Erfolg solcher Art hervorzubringen, oder ob es nur in zufälliger Weise die Veranlassung desselben geworden ist."

Wenn der Fuhrmann, der einen Reisenden fährt, betrunken ist, dadurch den Weg verfehlt, und alsdann der Reisende vom Blitz erschlagen wird, so ist zwar die Trunkenheit des Kutschers conditio sine qua non des Erfolges: es unterliegt keinem Zweifel, daß, wenn der Kutscher ordnungsmäßig gefahren wäre, der Wagen sich zur Zeit des Gewitters an einer anderen Stelle befunden hätte und der Reisende unversehrt geblieben wäre. In diesem konkreten Falle ist zwar der Tod des Reisenden eine Folge der Trunkenheit des Kutschers. Im allgemeinen kann aber ein Reisender ebensogut vom Blitz getroffen werden, wenn der Kutscher nüchtern ist, wie wenn er betrunken ist.

Ganz anders liegt die Sache, wenn etwa der Wagen umgeworfen und der Reisende auf diese Weise verletzt oder getötet wird. Hier ist zwischen der Trunkenheit des Kutschers und dem Unfalle nicht nur ein individueller, sondern ein zu verallgemeinernder Zusammenhang vorhanden, denn wenn auch die Fahrlässigkeit des Kutschers nicht notwendig einen Unfall wie das Umwerfen des Wagens herbeiführt, so ist sie doch im allgemeinen geeignet, besitzt sie doch eine Tendenz, einen derartigen Unfall herbeizuführen; sie steigert die Möglichkeit eines solchen

4) S. 200, 201.

Es handelt sich hier um eine generelle (abstrakte) Betrachtung der ursächlichen Beziehung eines einzelnen Moments, z. B. des Verhaltens eines Menschen zu einer Folge. Gefragt wird nicht: konnte dieses Verhalten diesen Erfolg, sondern vielmehr: konnte ein solches Verhalten einen solchen Erfolg herbeiführen.

Bis hierhin bilden die Ausführungen v. Kries' die bisher nicht wieder verlassene Basis aller weiteren Theorien der adäquaten Verursachung.

v. Kries selbst und ebenso die späteren Bearbeiter der Lehre, die mit ihm anerkennen, daß diese Formel in ihrer Unbestimmtheit noch zu viele Zweifel offen läßt, haben sich bemüht, die Art und den Grad der Verallgemeinerung (1) des zu beurteilenden konkreten menschlichen Verhaltens[5]) und (2) des konkreten Erfolges näher zu bestimmen. Insbesondere haben Abweichungen in der Verallgemeinerung des konkreten Verhaltens, das auf seine Kausalität für eine bestimmte Veränderung geprüft werden soll, zur Aufstellung von neuen Formeln geführt.

1) Prüft man die Bedeutung einer größeren oder geringeren Verallgemeinerung des betreffenden Verhaltens für die Kausalentscheidung an einem praktischen Beispiele nach, so zeigt sich sofort die grundlegende Bedeutung einer richtigen Abgrenzung: es wird dann klar, daß, je konkreter man das Verhalten faßt, von je weniger Bedingungen des konkreten Falles man absieht, um so sicherer man den Kausalzusammenhang bejahen muß.

Beim Betriebe eines Göpelwerkes übergibt der Bauer die Leitung der Pferde kurze Zeit einem zehnjährigen Knaben. Kinder spielen in der Nähe, darunter der Kläger. Als dessen

5) um zunächst nur von diesem für das Rechtsleben wichtigsten kausalen Faktor zu sprechen.

Mütze auf das Göpelwerk fliegt, springt er auf die in Erdbodenhöhe befindliche Bedeckung des Göpelwerkes, die Bedeckung bricht durch, und der Kläger gerät in die Räder[6]).

Die Bejahung der Frage nach dem Kausalzusammenhange zwischen dem Verhalten des beklagten Bauern und dem Unfalle wird um so unbedenklicher, je weniger man von den Bedingungen des Einzelfalles streicht. Die Fragen lauten nacheinander:

Hat die Ueberlassung der Aufsicht über den Betrieb eines bedeckten Göpels eine allgemeine Tendenz, zu einer Körperverletzung zu führen?

(Erste Einengung) . . . wenn der neue Aufsichtsführer 10 Jahre alt ist?

(Zweite Einengung) . . . wenn außerdem Kinder in der Nähe spielen?

(Dritte Einengung) . . . und wenn die Bedeckung des Göpels sich nicht oberhalb des Erdbodens, sondern zu ebener Erde befindet?

Es gibt hier nun vier Hauptmöglichkeiten[7]) der Bestimmung des einer Verallgemeinerung fähigen und daher bei der Kausalentscheidung vorauszusetzenden Bedingungskomplexes:

Man kann zum ersten voraussetzen die im Augenblick der Handlung für diesen Handelnden erkennbaren Bedingungen (die rein-individuelle Betrachtung ex ante).

Oder man kann zum zweiten zu Grunde legen die im Augenblick der Handlung bei normaler Einsicht und Umsicht überhaupt erkennbaren Bedingungen (objektive Betrachtung ex ante vom Standpunkte einer Durchschnittsindividualität, eines Normalmenschen).

Man kann auch drittens voraussetzen die im Augenblicke der Handlung bei höchster Einsicht und Umsicht noch erkenn-

6) JW. 1902, 144.

7) Einteilung und Wortlaut von Litten 48.

baren Bedingungen (objektive Betrachtung ex ante vom Standpunkte der denkbar höchst entwickelten Individualität des Idealmenschen, d. i. hier des nachprüfenden Richters).

Und man kann endlich viertens zu Grunde legen das unter Verwertung der durch den Kausalverlauf aufgedeckten Erfolgsbedingungen, nachträglich ex ante bei höchster Einsicht und Umsicht Erkennbare (Betrachtung ex ante vom Standpunkte der sog. objektiven nachträglichen Prognose).

a) v. Kries[8]) wählt die erste der vier Hauptmöglichkeiten. Er stellt zur Ermittelung des Kausalzusammenhanges die Frage, ob das stattgefundene schuldhafte Verhalten generell geeignet erscheine, verletzende Erfolge von der Art des vorliegenden herbeizuführen. Es habe also eine Generalisierung des konkreten Falles zu erfolgen durch Weglassen aller Bedingungen, die der Täter nicht gekannt habe.

Die andere noch vorhandene Möglichkeit, meint von Kries[9]), vom Wissen des Täters abzusehen und nur auf die objektiven Bedingungen abzustellen, führe von der richtigen verallgemeinernden Betrachtungsweise überhaupt ab und zu unbilligen Entscheidungen: Wenn ein Krankenwärter, die ärztliche Vorschrift vergessend, seinem Patienten eine Arzenei nochmals gebe, die nicht mehr verabreicht werden sollte, so mache er sich einer Fahrlässigkeit schuldig, und führe dies dadurch zum Tode des Patienten, daß inzwischen jemand Gift in die Arzenei gemischt habe, so würde der Wärter, wenn man nur den äußeren Vorgang der Verabreichung einer giftigen Substanz ansehe, haftbar zu machen sein. Zöge man dagegen die subjektive Bedingung, die Unkenntnis des Wärters von der Vergiftung des Trunkes, mit in Betracht, so käme man zur Verneinung der Verantwortlichkeit des Wärters.

8) S. 228 f.
9) S. 232 f.

Stets sei übrigens adäquate Verursachung anzunehmen, wenn der Handelnde auf Grund richtiger Vorstellungen und Kenntnisse einen gewissen Erfolg seines Verhaltens erwartet habe, der dann auch eingetreten sei [10]).

Die praktisch bedeutsamste Einwendung gegen die Lehre v. Kries' ist, daß sie von vornherein für wichtige Gebiete des Zivilrechts [11]), nämlich überall da versagt, wo neben dem Kausalzusammenhange nicht zugleich die Verschuldung Haftbarkeitsvoraussetzung ist, und wo es sich überhaupt nicht um die Kausalität eines menschlichen Verhaltens handelt.

b) Die vierte der auf S. 337 f. aufgezählten Hauptmöglichkeiten der Abgrenzung der nicht zu verallgemeinernden Bedingungen legt M. Rümelin [12]) seiner Theorie der objektiven Prognose zu Grunde.

Nach Rümelin muß dem Kausalitätsurteile zu Grunde gelegt werden:

„was dem Täter bekannt war oder bekannt sein mußte, außerdem aber auch, was sonst bekannt war oder bekannt geworden ist, z. B. die durch den nachträglichen Verlauf aufgedeckten, aber zur Zeit der Tat schon vorliegenden Umstände, sowie das gesamte Erfahrungswissen der Menschheit. Abstrahiert wird von dem der menschlichen Erkenntnis Unzugänglichen".

Während v. Kries auf den Täter selbst abstellt, ist Rümelins Standpunkt der des Richters [13]). Der Richter muß das Leben und die Naturgesetze kennen und diese Kennt-

10) S. 229.

11) v. Kries beschränkt seine Untersuchungen auf das Strafrecht; vergl. S. 239 Anm. 1.

12) Vor allem in seiner „Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Zivilrecht", ArchCivPrax. 90, 171 f.; auch „Zufall im Recht" 1896, 46f.

13) Kausalbegriffe, S. 189, 190.

nis bei der Abgabe seines Kausalitätsurteils verwenden. Seine Lebenserfahrung sagt ihm, daß bei einer Wagenfahrt leichter ein Unglück passiert, wenn der Kutscher betrunken, als wenn er nüchtern ist. Mit wissenschaftlichen Gesetzen arbeitet er bei der Ermittelung, ob die Todesursache des Verwundeten die Verwundung oder ein schon vorhandenes inneres Leiden gewesen ist.

Er muß außerdem seinem Kausalitätsurteil zu Grunde legen alle ihm bekannten Bedingungen des konkreten Erfolges, auch diejenigen, die erst der Erfolg aufgedeckt hat. Er wird darum adäquaten Kausalzusammenhang feststellen zwischen der Handlung des A und der Verwundung des B, wenn A einen Stier an einem Strick transportiert und wenn dieser sich unter Zerreißung des Strickes losreißt und den A verwundet. Auf Grund seiner nachträglichen Kenntnis der Entstehung dieses Erfolges berücksichtigt er bei seiner Entscheidung die Unzulänglichkeit des benutzten Strickes und kommt zu dem Ergebnis, daß der Transport eines Stieres an einem leicht zerreißbaren Strick durch eine von Menschen besuchte Gegend die Möglichkeit der Verletzung eines Menschen begünstigt.

Den auf Rümelin folgenden Schriftstellern der Theorie der adäquaten Verursachung ist die Beurteilung der Rümelinschen Lehre durch die Schrift Radbruchs[14]), eines Anhängers der Bedingungstheorie, erleichtert worden. Die wichtigste Einwendung Radbruchs[15]) gegen die Formel Rümelins ist folgende: „Die Bedingungen, welche Rümelin voraussetzen will, sind einfach sämtliche Bedingungen. Da nichts ohne Ursache geschieht, sind in jedem Augenblick sämtliche Bedingungen für alles, was künftig auf der Welt geschehen

14) Die Lehre von der adäquaten Verursachung; 3. Heft des 1. Bandes der Neuen Folge des v. Lisztschen kriminalistischen Seminars.
15) S. 41 f.

wird, vorgebildet. Wenn sie nicht selbst vorliegen, liegen wenigstens ihre Bedingungen vor und causa causae est causa causati[16]).

Nur für eine Gruppe von Bedingungen träfe es zu, daß sie sich ex ante, wie ex post der Erkennbarkeit prinzipiell entzögen; das seien die in eine vom Täter in Lauf gesetzte Kausalreihe eingreifenden Handlungen eines anderen Menschen. Dagegen schlage diese Einwendung durch in allen Fällen, in denen sonst noch nach Rümelins Ansicht bestimmte Bedingungen des konkreten Falles dem Richter trotz vollständiger Kenntnis der Naturgesetze ex ante und ex post unerkennbar seien. Wenn Rümelin[17]) den Blitz, der den Verwundeten trifft, den Ziegelstein, der den Passanten tötet, für solche unerkennbare Faktoren halte, so sei das falsch. Ex post wisse man ganz genau, daß, wo der Blitz niedergefahren ist, zur Zeit der Verwundung eine starke elektrische Spannung bestand, daß der Ziegelstein vorher bereits gelöst war und daß andererseits ein Minimalzentrum des Barometerstandes damals dort und dort stand und fortrückend bewirken mußte, daß zu dieser Zeit dort ein Wind der und der Art entstehe[18]).

In Wahrheit liege der Fall mit dem herabstürzenden Ziegelstein ebenso, wie ein anderer Fall, in dem Rümelin[19]) keine Unerkennbarkeit ex post annehme: ein Verwundeter fährt auf dem Wege zum Arzt über eine morsche Brücke, sie bricht,

16) Dem stimmt Wiechowski S. 14, und im wesentlichen auch Traeger S. 137 zu; letzterer geht wohl mit Recht noch einen Schritt weiter, indem er S. 141 bemerkt, ex post sei auch das Eingreifen eines anderen Menschen in eine laufende Kausalkette regelmäßig als möglich berechenbar; a. A. meine Teilnahme 34.

17) Kausalbegriffe 268.

18) Dies ist unrichtig. Die Entstehung und der Weg des Blitzes sind für uns im konkreten Falle auch ex post unberechenbar; Teilnahme 35; ebenso Traeger S. 140; vergl. auch Litten S. 58 f.

19) Kausalbegriffe 299.

er ertrinkt. „Welcher Unterschied", ruft Radbruch aus, „ist zwischen dem morschen Holz der Brücke und dem morschen Mörtel des Ziegelsteins?"

Richtig ist, daß Rümelin den adäquaten Kausalzusammenhang in den Fällen des Eingreifens von Naturereignissen leugnet, weil dies Eingreifen auch ex post unerkennbar sei, daß er ihn aber ebenso in dem Falle mit der morschen Brücke leugnet, trotzdem die Morschheit der Brücke ex post erkennbar ist.

Es ist klar, daß die Bejahung des Kausalzusammenhanges im letzten Beispiele der Billigkeit nicht entspräche. Aber ebenso klar ist, daß die Rümelinsche Hauptformel hier versagt.

Um zur Verneinung des Kausalzusammenhanges zu gelangen, bedarf Rümelin[20]) einer Billigkeitsmodifikation für seine Formel, die so lautet:

> „Wird durch einen an sich haftungbegründenden Vorgang der Verletzte lediglich in räumliche und zeitliche Beziehung gebracht zu einem später eintretenden Ereignis, so wird von den außer aller Berechnung liegenden, auch dem Haftpflichtigen nicht bekannten oder erkennbaren Bedingungen dieses zweiten Ereignisses selbst dann abstrahiert, wenn dieselben zur Zeit des ersten Vorganges schon vorlagen."

Ohne diese Modifikation müßte Rümelin den Fall, daß ein Verwundeter beim Transport über eine Brücke durch eine die Brücke und den Eisenbahnzug zerstörende Mine getötet wird, anders entscheiden, wenn die Mine vor der Verwundung, anders wenn sie nach der Verwundung gelegt worden ist: im ersteren Fall gehört zu den dem Richter im Moment der Verwundung (ex post) bekannten und daher bei dem Kausalitätsurteil zu berücksichtigenden Bedingungen die Legung der Mine, im zweiten Falle nicht. Es liegt aber auf der Hand, daß die

20) Kausalbegriffe 300.

Bejahung oder Verneinung des Kausalzusammenhanges nicht von solchen Zufälligkeiten abhängen kann. Die gleiche Behandlung beider Fälle ermöglicht erst diese Ausnahme von der Hauptregel.

Indem Rümelin von seinem Standpunkt der Beurteilung ex post weit mehr Bedingungen voraussetzt als von Kries (und alle anderen Vertreter der Theorie der adäquaten Verursachung) erreicht er eine sehr weite Fassung des Begriffes der Ursache. Auf diese Weise gelingt es ihm, wenn jemand einem anderen einen ganz leichten Schlag versetzt und dieser infolge einer anormalen Beschaffenheit seines Körpers stirbt, Kausalzusammenhang zwischen Schlag und Tod anzunehmen[21]).

Aber gerade darin besteht Traegers Hauptbedenken gegen den Rümelinschen Kausalbegriff, daß er zu weit sei und daher zu einer zu ausgedehnten Haftbarkeit führe.

„Ein Beispiel für viele[22]): Den Arbeitern des Lloyddampfers Mosel entglitt das von dem Massenmörder Thomas aufgegebene, angeblich Kaviar enthaltende Faß beim Einladen in das Schiff, es stürzte auf das Straßenpflaster und explodierte mit furchtbarer Wirkung: mehr als 100 Personen wurden getötet oder verwundet und mehrere Schiffe stark beschädigt. Nehmen wir an, daß den Arbeitern Fahrlässigkeit bezüglich des Entgleitens des Fasses vorzuwerfen wäre, so haften sie für den aus der schuldhaften Handlung entstehenden Schaden, d. h. für alle adäquat verursachten Folgen. Unter Zugrundelegung der Rümelinschen Theorie gehören aber zu den adäquaten Folgen in diesem Falle auch die Tötung und Verletzung der Menschen, sowie die Beschädigung der Schiffe. Denn unter der Voraussetzung der nachträglich bekannt gewordenen Tatsache, daß das Faß Dynamit enthielt, wird das Möglichkeits-

21) Zufall im Recht 46.
22) S. 144.

urteil dahin lauten, daß das Zur-Erde-stürzen des Fasses, namentlich an einem kalten Tage, wie es der 5. Dezember 1875 war, die Explosion nicht allein in hohem Grade ermöglicht, sondern geradezu gewiß erscheinen läßt." Von einer Einschränkung durch die Billigkeitsmodifikation könne hier nicht die Rede sein.

Alle Kritiker Rümelins nehmen ferner an der Billigkeitsmodifikation Anstoß, die in der Tat die Handlichkeit der Theorie stark beeinträchtigt.

Dabei ist Litten[23]) der Meinung, daß das Loch in der Rümelinschen Theorie, das die Modifikation stopfen soll, größer ist, als Rümelin denkt. Nach Littens Meinung treffen ganz dieselben Bedenken, die Rümelin für die Kausalstrecke zwischen dem haftungbegründenden Vorgang und den weiteren Schadensfolgen zur Aufstellung der Modifikation veranlaßt haben, auch für die erste Teilstrecke des Kausalverlaufs bis zum haftungbegründenden Vorgang zu. „Ein Beispiel: Pferde gehen mit dem Wagen durch und schleppen diesen in einen fremden Park, in welchem (seit langem) sog. Selbstschüsse gelegt sind. Ein solcher entzündet sich und tötet den Wageninsassen."

Von den auf Rümelin folgenden Schriftstellern der adäquaten Verursachung hat [außer van Calker[24])] keiner die Rümelinsche Formel angenommen: Wiechowski, Litten und ich haben es mit einer Abänderung der Rümelinschen Formel versucht, Traeger gibt sie ganz auf.

c) Aus der Erkenntnis, daß die Rümelinsche Formel zu weit ist, und aus der Ueberzeugung, daß die Billigkeitsmodifikation Rümelins möglichst zu vermeiden ist, hat Wiechowski[25]) so formuliert:

23) S. 63.

24) Ethische Werte im Strafrecht, 1904.

25) S. 15.

„Vorauszusetzen sind alle zur Zeit der Tat vorhanden gewesenen Bedingungen, mit Ausnahme der ex ante allgemein unerkennbaren und zugleich auch dem Täter unbekannten und unerkennbaren Bedingungen. Ueber die Frage, welche Bedingungeu in Gemäßheit des obigen Prinzips vorauszusetzen sind und welche nicht, entscheidet der Richter als das die Kausalitätsfrage beurteilende Subjekt, und zwar entscheidet er rückschauend, ex post, legt darum seiner Beurteilung alle Bedingungen zu Grunde, welche nach der Tat bekannt geworden sind."

d) Meine Formel[26]) lautete:

„1) Ob adäquater Kausalzusammenhang zwischen einem menschlichen Verhalten und dem unmittelbaren Schaden vorliegt, entscheidet der Richter auf Grund der ihm zu Gebote stehenden Kenntnis der Gesetze des Geschehens, die sich mit dem derzeitigen Erfahrungswissen der Menschheit überhaupt deckt, und auf Grund aller ihm zur Zeit der Entstehung des unmittelbaren Schadens bekannt gewordenen Bedingungen des konkreten Falls.

2) Ob adäquater Kausalzusammenhang zwischen einem menschlichen Verhalten und dem mittelbaren Schaden vorliegt, entscheidet der Richter, indem er außerdem noch die von dem unter 1) gekennzeichneten Standpunkte aus (im voraus) erkennbaren Bedingungen des nachträglichen Kausalverlaufs in Betracht zieht."

Sie bietet den Vorteil, die für Rümelin unentbehrliche Modifikation unnötig zu machen, die ja nur unangemessene Entscheidungen betreffs des weiteren Kausalverlaufs (zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden; Nr. 2 meiner Formel) vermeiden will. Bedenken gegen die Zweiteilung meiner Formel

26) S. 38.

habe ich durch den Hinweis zu begegnen gesucht, daß im Schadensprozesse der Richter zuerst, bei der Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs, naturgemäß nur die erste Kausalstrecke (bis zum haftungbegründenden Vorgang) und erst im zweiten Verfahrensabschnitte, bei Ermittelung der Schadenshöhe, die weitere Kausalstrecke prüfe.

e) Litten[27]) stellt sich folgendermaßen zur Rümelinschen Lehre: Die Lehre sei allen früheren vorzuziehen, weil sie eine genaue Umschreibung der vorauszusetzenden Bedingungen gebe und weil sie allein dabei den Kreis dieser Bedingungen weit genug ziehe, „so daß hier nicht contra legem latam eine Art von culpa levissina (= objektive Voraussehbarkeit) ganz allgemein in die gesetzlichen Tatbestände hineininterpretiert" werde. Aber um einen rationellen Auslegungsmaßstab für alle Fälle zu gewinnen, dazu ziehe die Rümelinsche Theorie den Kreis zu weit. „Somit erhalten wir also weniger ein schlechthin praktikables Ergebnis für die lex lata, als ein bedeutsames heuristisches Prinzip für die lex condenda"[28]). Für das geltende Recht aber sei die Lage so: der richtige (subjektive, strafrechtliche) Schuldbegriff sei für das Zivilrecht als Schadenszurechnungsgrund zu eng, der richtige (objektive, Rümelinsche) Kausalbegriff sei dafür zu weit. „Von der Kausalität führt keine Brücke zur Verantwortlichkeit; es müssen noch andere Momente hinzutreten."

Welches diese Momente für den speziellen Rechtssatz des § 833 BGB sind, prüft Litten im folgenden. Er kommt (ebenso wie ich) zu verschiedenartigen Einschränkungen hinsicht-

27) S. 67.

28) Dies negative Ergebnis Littens erregt Kohlers Freude; er bemerkt in seiner noch zu besprechenden Kritik in Golds Arch. 1905, 336: die Ausführungen Littens über die Kausalität könnten als die Euthanasie der Lehre von der adäquaten Verursachung bezeichnet werden. So schlimm wird es doch nicht gleich sein.

lich der möglichen beiden Teilstrecken des Kausalverlaufs, bis zum „Anfangserfolg", dem haftungbegründenden Vorgang, und sodann von da bis zum „Enderfolg", zum Schlußpunkt der in Betracht kommenden weiteren Schadensfolgen.

Damit der Anfangserfolg dem Täter zugerechnet werden könne, sei erforderlich[29]), daß der Anfangserfolg 1) ex ante betrachtet adäquat verursacht und 2) eine Realisierung der spezifischen Tiergefahr sei.

Wie Litten zu diesen einleuchtenden Ergebnissen kommt, kann hier nicht näher wiedergegeben werden. Es mag nur bemerkt werden, daß die Littenschen Ausführungen sich um so eher Freunde erwerben werden, als die Anwendung seiner Formel zu denselben Entscheidungen führt, zu denen schon die Praxis aus gesundem Rechtsgefühl, aber mehrfach mit sehr einwandreicher theoretischer Begründung gekommen ist[30]).

Dagegen verdienen Littens Ausführungen über die besonderen Voraussetzungen des Kausalzusammenhanges zwischen Anfangs- und Enderfolg noch einmal Aufmerksamkeit auch an dieser Stelle, da sie nicht nur für den Fall des § 833, sondern für alle Fälle des weiteren Kausalverlaufs Geltung beanspruchen; die Formel lautet hier ähnlich wie Nr. 2 meiner Formel:

„Die weiteren Wirkungen einschließlich des Enderfolges sind dem für den Anfangserfolg Verantwortlichen dann zu-

---

29) S. 80.

30) Für alle Wunden, die der § 833 dem Rechtsgefühl schon geschlagen hat, bietet allerdings auch die Littensche Arbeit keine Linderung. Sie bietet keinen Weg, die unbillige Entscheidung des RG. 54, 73 zu umgehen. Hier können nur Erwägungen, die mit dem Kausalzusammenhange nichts zu tun haben, abhelfen; vergl. den Anhang zu diesem Aufsatze. — In einem anderen, mehr theoretisch als praktisch bedeutsamen Punkt weiche ich von der besonderen, von Litten für die Tierkausalität aufgestellten Formel ab; vergl. unten Note 88.

> zurechnen, wenn sie auf Grund der (dem Täter zur Zeit der Tat bekannten oder der) einem Normalmenschen im Augenblicke des Anfangserfolges ex ante erkennbaren Bedingungen nach der Regel des Lebens zu erwarten waren. Ohne Rücksicht hierauf sind dem Möglichkeitsurteile stets zu Grunde zu legen die Besonderheiten des physischen und wirtschaftlichen Organismus des Verletzten"[31]).

Das Urteil ist also abzugeben vom Standpunkte des Normalmenschen. Der zweite Satz will eine Berücksichtigung des „durchaus der Absicht unserer Gesetze" entsprechenden Satzes aliud alii mortiferum esse solet ermöglichen, „so daß der Verwundende für den Tod des Verletzten einzustehen hat, auch wenn dieser etwa leukämisch[32]) war oder eine abnorm dünne Hirnschale hatte" (was der Normalmensch nicht hätte voraussehen können); dasselbe habe vom Vermögen, dem wirtschaftlichen Organismus des Menschen, zu gelten, bei dem auch leicht ein Glied das andere in Mitleidenschaft ziehen könne.

f) Traeger endlich verwirft die Rümelinsche Fassung ganz; er wählt statt der ersten (v. Kries) oder vierten (Rümelin) die dritte der Hauptmöglichkeiten der Begrenzung des vorauszusetzenden Bedingungskomplexes.

Seine Formel lautet[33]):

> „Eine sich als conditio s. q. n. eines bestimmten Erfolges erweisende Handlung oder sonstige Begebenheit ist dann adäquate Bedingung des Erfolges, wenn sie generell begünstigender Umstand eines Erfolges von der Art des eingetretenen ist, d. h. wenn sie die objektive Möglichkeit eines

---

31) S. 108.

32) Auf S. 56 ist von der Verwundung des „leukozythämischen" Passanten die Rede; wie heißt der abnorme Zustand des Unglücklichen nun eigentlich?

33) S. 159.

Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht.

Um das erforderliche Möglichkeitsurteil zu bilden, ist das gesamte Erfahrungswissen zu Grunde zu legen, und es sind vorauszusetzen alle zur Zeit der Begehung der Handlung (oder zur Zeit des Eintritts des sonstigen Ereignisses) vorhandenen Bedingungen, die zu diesem Zeitpunkte dem einsichtigsten Menschen erkennbar waren, ferner die dem Täter selbst außerdem noch bekannten.

Von den übrigen Bedingungen ist zu abstrahieren".

2) Wie ist der konkrete Erfolg zu verallgemeinern? Was heißt Erfolg? Ist darunter (wenn es sich um die Kausalität menschlichen Verhaltens handelt) alles zu verstehen, was außerhalb der kausalen Körperbewegung liegt, oder gehört zum Erfolge nur der erste Einbruch in die fremde Rechtssphäre, und was darauf folgt?

Näher sind auf diese Fragen von den neuesten Schriftstellern nur Wiechowski und Litten eingegangen.

Es mag im Interesse der Uebersichtlichkeit gestattet sein, wenn ich, anders als bei den bisherigen Erörterungen über den vorauszusetzenden Bedingungskomplex, hier der Wiedergabe der Ausführungen der beiden sich mit diesem Punkte beschäftigenden Schriftsteller gleich einige Worte der Kritik beifüge.

Wiechowski geht von dem engeren Erfolgsbegriff aus; von seinem Standpunkt aus fällt also die Kernfrage seiner Arbeit nach der Behandlung der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges gar nicht unter die Frage der Verallgemeinerung des Erfolges.

Wiechowski sagt[34]): „Aus dem Satze, daß der Täter nur für die adäquaten Folgen seiner Tat, nicht für singuläre, unberechenbare verantwortlich gemacht werden kann, ergibt sich unmittelbar folgendes Prinzip:

Innerhalb der kausalen Entwickelung einer Willensbetätigung zum Erfolge darf kein wesentliches Glied sein, welches bei generalisierender Betrachtung als inadäquat, als zufällig, in diesem Sinne unberechenbar erschiene; tritt ein solches in die kausale Entwickelung mit entscheidender Wirkung in Bezug auf den Erfolg ein, so ist Zurechnung des Erfolges dem Täter gegenüber ausgeschlossen, ist der Kausalzusammenhang unterbrochen."

Für das Zivilrecht mag auf den ersten Blick die engere Fassung des Erfolgbegriffs bei Wiechowski ansprechender erscheinen. Das Strafrecht, könnte man sagen, interessiert in erster Linie der Täter, nicht der Erfolg der Tat.

Dagegen geht das Zivilrecht vorwiegend nicht der Täter etwas an, sondern der Erfolg seiner Tat, der Schaden. Darum st der Erfolg im Zivilrecht erst zu rechnen von dem ersten Eingriff in die fremde Rechtssphäre an[35]).

Aber bei dieser engeren Fassung des Erfolgsbegriffs stößt man bald auf Schwierigkeiten. Denn man muß nun folgerichtig alles, was vor dem Erfolg, dem ersten rechtsverletzenden Eingriff liegt, zu den Bedingungen rechnen.

Wohin führt das? Wenn A den B tödlich verwundet und B auf dem Wege zum Arzt von einem Dachziegel erschlagen wird, dann muß man nach Wiechowski, um zu der Feststellung zu gelangen, ob Kausalzusammenhang zwischen der Tat des A und dem Tode des B vorhanden ist, fragen, ob eine tödliche Verwundung allgemein geeignet ist, zum Tode zu

---

34) S. 22, vergl. auch S. 30.

35) Teilnahme 29 Anm. 2.

führen und muß diese Frage bejahen. Man kann, was ja sofort zur Verneinung des Kausalzusammenhanges führen würde, das Eingreifen des Windes und des fallenden Ziegels in die laufende Kausalkette darum nicht berücksichtigen, weil diese Bedingungen — ex ante wie ex post — unberechenbar sind. Wiechowski scheint übersehen zu haben, daß ihn sein engerer Erfolgsbegriff dahin führen muß.

Dagegen versteht Litten[36]) unter Erfolg mit v. Liszt[37]) und Radbruch[38]) alles, was nicht Willensbetätigung, Körperbewegung, aber[39]) mit ihr kausal verknüpft ist: „Nicht nur das Endergebnis darf angegeben werden, . . . sondern es müssen auch die Erfolgsbedingungen[40]) insoweit aufgezeigt werden, als dadurch eventuell klargelegt werden kann, daß die schließliche Adäquanz zwischen Körperbewegung und Erfolg dennoch nicht die Folge einer (wie ich sagen möchte) adäquaten Kontinuität ist."

Mit dieser Formel Littens wird man leicht zu richtiger Entscheidung der Fälle der sog. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges kommen[41]).

36) S. 45 Anm. 47.

37) Lehrb.[10] 102 f.

38) S. 16.

39) Bei Litten heißt es sinnstörend „oder".

40) Vergl. nächste Anmerkung.

41) In einzelnen Zweifelsfällen werden die scharfsinnigen Ausführungen Wiechowskis Auskunft geben. — Ich will, um nicht zu sehr ins Detail zu geraten, hier nur kurz darauf hinweisen, daß die Grenzziehung zwischen Erfolg und Bedingungen bei Litten keine scharfe ist. Gewisse Momente fallen bei Litten sowohl in den Erfolg, wie unter dessen Bedingungen. Denn es ist klar, daß der nach Litten vorauszusetzende Bedingungskomplex nach dem Erfolge hin hinausgeht über die Willensbetätigung, Körperbewegung. Hiermit hängen weitere kleine „Unstimmigkeiten" zusammen: Was bei der vorigen Anmerkung von Litten als Erfolgsbedingung bezeichnet wird, gehört, genau genommen, nicht zu den Bedingungen, sondern zum Erfolge. Auch will es zu dem weiteren Erfolgbegriff nicht recht

Mit der Frage der Generalisierung des Erfolgs im engeren Sinne beschäftigen sich, wie Radbruch[42]) schon kritisch hervorgehoben hat, die Schriftsteller der Theorie der adäquaten Verursachung nicht sehr eingehend, am eingehendsten noch Litten[43]), der sagt: Die Grenzziehung für die Generalisierung des Erfolgs „ist, unvollkommen genug, dahin anzugeben, daß die qualifizierende Beschreibung des Einzelerfolgs nicht mehr diejenigen Bedingungen anzugeben braucht, welche zwar eine differentia specifica des Erfolgs nach seinem physischen Geschehen bilden, bei „„denen aber ein Werturteil eingreift, welches trotzdem in der Gesamtwürdigung eine Gleichstellung eintreten läßt"". (Ob der aus dem Wagen geschleuderte Passagier das Bein, den rechten oder linken Unterschenkel bricht, ob er beim Aufprallen auf einen Stein oder auf den Erdboden verletzt wird, interessiert insofern nicht.)"

Hiermit werden wir uns zu bescheiden haben, wenngleich diese Unbestimmtheit natürlich die Praktikabilität der Theorie verringert. Hieraus zu folgern, daß die Theorie verfehlt sei, wäre voreilig: diese Schwierigkeiten kann die Praxis, wenn sie auch versuchen wollte, sie hier durch Annahme der Bedingungstheorie zu umgehen, gar nicht umgehen, weil sie in ganz derselben Weise bei der Frage der Fahrlässigkeit wiederkehren. Die Fahrlässigkeit erfordert Voraussehbarkeit des Erfolgs, aber nicht des konkreten Erfolgs; auch hier steht die Praxis vor der Notwendigkeit, im einzelnen Falle zu entscheiden, wie weit sie den Erfolg generali-

passen, wenn Litten den ersten Einbruch in die fremde Rechtssphäre als „Anfangserfolg" bezeichnet. — Die praktische Brauchbarkeit der Litten schen Formel für die Erledigung der Fälle der „Unterbrechung des Kausalzusammenhanges" wird durch diese Unbestimmtheit des Erfolgsbegriffs nicht beeinträchtigt.

42) S. 15 f.

43) S. 46.

fieren darf, und es hängt häufig[44]) nur von dem Grade der Verallgemeinerung des Erfolgs die Entscheidung ab, ob die Fahrlässigkeit zu bejahen oder zu verneinen ist.

II.

Wie steht es mit der theoretischen Grundlage der Lehre von der adäquaten Verursachung?

Kein Anhänger dieser Lehre vermag zu bestreiten, daß die Lehre zunächst in erheblichem Nachteile ist gegenüber der Bedingungstheorie. Die letztere ist sehr viel einfacher in der praktischen Anwendung: für die Theorie der adäquaten Verursachung fangen ja dort — nach der Feststellung, daß etwas conditio sine qua non einer Veränderung ist — erst die Schwierigkeiten an, wo sie für die Bedingungslehre aufhören. Die Bedingungslehre ist ferner die einzige juristische Kausalitätstheorie, die sich noch leidlich mit den herrschenden Kausalgesetzen der Logik zu stellen vermag.

Wenn die Theorie der adäquaten Verursachung trotzdem ihre eigenen Wege ging, so glaubte sie dies einer dringenden Forderung des Rechtsgefühls schuldig zu sein. Daß damit ein Faktor in die juristische Kausalbetrachtung eingeführt wird, der der rein logischen Betrachtungsweise des Kausalzusammenhangs wesensfremd ist, daran ist kein Zweifel. Dies allein bietet aber schon den Gegnern einen starken Angriffspunkt: die Logik vermag sich mit Logik zu verteidigen, das Rechtsgefühl nicht.

Aber noch mehr: wenn sich die Theorie der adäquaten Verursachung auf nichts als auf die Forderungen des Rechtsgefühls berufen würde, würde sie sich des ungemütlichen Gefühls nicht erwehren können, einen häufig recht dunklen Gewährsmann ins Feld zu führen.

44) Vergl. die schon erwähnte Entscheidung des RG. in IW. 1902, 144.

Freilich, in besonders krassen Einzelfällen, wie man sie etwa erfunden hat[45], um die Bedingungstheorie ad absurdum zu führen, da schlägt das Rechtsgefühl sehr bestimmt zu Gunsten der Theorie der adäquaten Verursachung aus: das Rechtsgefühl fordert offenbar die Nichthaftbarkeit des A, der den B verwundet hat, auch für den Schaden, der dadurch entstanden ist, daß der behandelnde Arzt eine ansteckende Krankheit in die Familie des Verwundeten einschleppt.

Aber ist es nicht bedenklicher, wenn man sich, auch über die Betrachtung von Einzelfällen hinaus, zu Gunsten der Theorie der adäquaten Verursachung in ihrer abstrakten Formel auf das Rechtsgefühl beruft? Jedenfalls wäre es höchst wünschenswert, wenn man dies Argument noch etwas schärfer fassen könnte.

Dies versucht v. Kries[46] mit folgenden Worten: „Dem gebildeten Rechtsgefühl ist die verallgemeinernde Betrachtung eigentümlich; es verlangt, daß das schuldhafte Verhalten nach derjenigen Bedeutung beurteilt werde, welche es allgemein im Zusammenhange der sozialen Erscheinungen besitzt, es verlangt die Prüfung, in welchen generellen ursächlichen Beziehungen dasselbe steht“[47].

---

45) Das folgende Beispiel stammt übrigens von v. Liszt, Deliktsobligationen 70.

46) S. 225, 226.

47) Etwas anders lautet die Begründung bei Helmer, Ueber den Begriff der fahrlässigen Täterschaft, Straßburger Diss. 1895, 34; ebenso Wiechowski, S. 8, 9: „Der Gesetzgeber abstrahiert selbst aus konkreten Rechtsverletzungen den Umfang der ihm strafbar erscheinenden Erfolge und bedroht, um derartigen Ereignissen entgegenzutreten, die Herbeiführung derselben. Wie er aber nur aus der Erfahrung abstrahierte Deliktsbegriffe zur Grundlage seiner mißbilligenden Urteile und seiner Bedrohungen nehmen kann, so kann sich auch die Anwendbarkeit seiner Bestimmungen nur erstrecken auf diejenigen Arten der Herbeiführung, denen eine aus zahlreichen Einzelfällen abstrahierte Bedeutung zukommt.“

Dieser Satz kann als Gemeingut der Anhänger der Lehre von der adäquaten Verursachung gelten. Nicht alle haben sich ausdrücklich zu ihm bekannt, aber keiner hat ihn bekämpft, wie es bei seiner zentralen Bedeutung im Aufbau der Lehre von v. Kries nötig gewesen wäre, wenn man ihn nicht gebilligt hätte. Läßt sich diesem allgemeinen Satze v. Kries' nicht mit Fug ein ebenso allgemeiner, an jener Stelle, wo er gebraucht wird, gewiß richtiger Satz Wendts[48]) entgegenstellen, den dieser bei der Erörterung einer anderen Frage des Schadensrechts ausgesprochen hat: „Die Billigkeit individualisiert stets, und das ist erst die wahre Billigkeit, welche zu unterscheiden versteht"[49])?

Der Satz v. Kries' ist eben für das Zivilrecht nicht, ja nicht einmal für das Schadensrecht, wie das Wort Wendts richtig behauptet, schlechthin gültig. Es fällt auch keinem Menschen ein, überall mit diesem Satze Ernst zu machen und etwa bei der Ehescheidung nach § 1568 BGB. nicht gerade die Besonderheiten dieses vorliegenden Ehelebens, den Charakter der gerade beteiligten beiden Ehegatten in Rechnung zu ziehen.

Aber ganz abgesehen hiervon: Wenn das Rechtsgefühl so eindringlich die generalisierende Betrachtung verlangt, wie kommt es dann, daß es nur halbe Arbeit macht, daß es im Strafrecht, nachdem der Kausalzusammenhang der angeblichen Forde-

48) IheringsJ. 31, 170.

49) Ganz allgemein heißt es in dem vortrefflichen Kommentar von Pfaff und Hofmann zum österr. Allg. BGB., 1, 1877, S. 208: „Mit gutem Recht nehmen heutzutage die meisten Rechtsgelehrten an, daß Recht und Rechtsprechung im allgemeinen um so billiger sind, je mehr sie individualisieren"; folgen Zitate. — Die Wahrheit wird wohl zwischen von Kries und Pfaff und Hofmann liegen. Ebenso wie kein Gesetzbuch nur mit ganz allgemeinen oder nur mit ganz engen Tatbeständen auskommen kann, so hat auch die Rechtsanwendung sich bald in die Eigenart des Einzelfalles hineinzuversetzen, bald den Einzelfall als species eines genus zu begreifen. Vergl. das im Text Folgende.

Freilich, in besonders krassen Einzelfällen, wie man sie etwa erfunden hat[45]), um die Bedingungstheorie ad absurdum zu führen, da schlägt das Rechtsgefühl sehr bestimmt zu Gunsten der Theorie der adäquaten Verursachung aus: das Rechtsgefühl fordert offenbar die Nichthaftbarkeit des A, der den B verwundet hat, auch für den Schaden, der dadurch entstanden ist, daß der behandelnde Arzt eine ansteckende Krankheit in die Familie des Verwundeten einschleppt.

Aber ist es nicht bedenklicher, wenn man sich, auch über die Betrachtung von Einzelfällen hinaus, zu Gunsten der Theorie der adäquaten Verursachung in ihrer abstrakten Formel auf das Rechtsgefühl beruft? Jedenfalls wäre es höchst wünschenswert, wenn man dies Argument noch etwas schärfer fassen könnte.

Dies versucht v. Kries[46]) mit folgenden Worten: „Dem gebildeten Rechtsgefühl ist die verallgemeinernde Betrachtung eigentümlich; es verlangt, daß das schuldhafte Verhalten nach derjenigen Bedeutung beurteilt werde, welche es allgemein im Zusammenhange der sozialen Erscheinungen besitzt, es verlangt die Prüfung, in welchen generellen ursächlichen Beziehungen dasselbe steht“[47]).

---

45) Das folgende Beispiel stammt übrigens von v. Liszt, Deliktsobligationen 70.

46) S. 225, 226.

47) Etwas anders lautet die Begründung bei Helmer, Ueber den Begriff der fahrlässigen Täterschaft, Straßburger Diss. 1895, 34; ebenso Wiechowski, S. 8, 9: „Der Gesetzgeber abstrahiert selbst aus konkreten Rechtsverletzungen den Umfang der ihm strafbar erscheinenden Erfolge und bedroht, um derartigen Ereignissen entgegenzutreten, die Herbeiführung derselben. Wie er aber nur aus der Erfahrung abstrahierte Deliktsbegriffe zur Grundlage seiner mißbilligenden Urteile und seiner Bedrohungen nehmen kann, so kann sich auch die Anwendbarkeit seiner Bestimmungen nur erstrecken auf diejenigen Arten der Herbeiführung, denen eine aus zahlreichen Einzelfällen abstrahierte Bedeutung zukommt.“

Dieser Satz kann als Gemeingut der Anhänger der Lehre von der adäquaten Verursachung gelten. Nicht alle haben sich ausdrücklich zu ihm bekannt, aber keiner hat ihn bekämpft, wie es bei seiner zentralen Bedeutung im Aufbau der Lehre von v. Kries nötig gewesen wäre, wenn man ihn nicht gebilligt hätte. Läßt sich diesem allgemeinen Satze v. Kries' nicht mit Fug ein ebenso allgemeiner, an jener Stelle, wo er gebraucht wird, gewiß richtiger Satz Wendts[48]) entgegenstellen, den dieser bei der Erörterung einer anderen Frage des Schadensrechts ausgesprochen hat: „Die Billigkeit individualisiert stets, und das ist erst die wahre Billigkeit, welche zu unterscheiden versteht"[49])?

Der Satz v. Kries' ist eben für das Zivilrecht nicht, ja nicht einmal für das Schadensrecht, wie das Wort Wendts richtig behauptet, schlechthin gültig. Es fällt auch keinem Menschen ein, überall mit diesem Satze Ernst zu machen und etwa bei der Ehescheidung nach § 1568 BGB. nicht gerade die Besonderheiten dieses vorliegenden Ehelebens, den Charakter der gerade beteiligten beiden Ehegatten in Rechnung zu ziehen.

Aber ganz abgesehen hiervon: Wenn das Rechtsgefühl so eindringlich die generalisierende Betrachtung verlangt, wie kommt es dann, daß es nur halbe Arbeit macht, daß es im Strafrecht, nachdem der Kausalzusammenhang der angeblichen Forde-

48) IheringsJ. 31, 170.

49) Ganz allgemein heißt es in dem vortrefflichen Kommentar von Pfaff und Hofmann zum österr. Allg. BGB., 1, 1877, S. 208: „Mit gutem Recht nehmen heutzutage die meisten Rechtsgelehrten an, daß Recht und Rechtsprechung im allgemeinen um so billiger sind, je mehr sie individualisieren"; folgen Zitate. — Die Wahrheit wird wohl zwischen von Kries und Pfaff und Hofmann liegen. Ebenso wie kein Gesetzbuch nur mit ganz allgemeinen oder nur mit ganz engen Tatbeständen auskommen kann, so hat auch die Rechtsanwendung sich bald in die Eigenart des Einzelfalles hineinzuversetzen, bald den Einzelfall als species eines genus zu begreifen. Vergl. das im Text Folgende.

rung des Rechtsgefühls entsprechend auf Grund generalisierender Betrachtung ermittelt ist, sich nun sofort bescheidet und nichts zu erinnern findet, wenn der Richter bei der Prüfung der Verschuldensfrage in die Eigenart der einzelnen Täterpsyche hineinzuleuchten versucht und auf Grund dieser Berücksichtigung der Täterindividualität urteilt, ob der Täter fahrlässig handelte und darum zur Verantwortung zu ziehen ist oder nicht? Wenn der Richter dann nach Bejahung des Kausalzusammenhanges das Verschulden verneint, so gibt dann doch die in individualisierender Betrachtung gewonnene Entscheidung über die Fahrlässigkeit zugleich die Entscheidung für das ganze Verfahren: keine Schuld, daher keine Verantwortlichkeit und Freisprechung. Ist das nach Generalisierung strebende Rechtsgefühl schon darum befriedigt, weil die generalisierende Methode in jenem Straffalle einmal, bei der Frage des Kausalzusammenhanges, vom urteilenden Richter angewendet worden ist, nur nicht gerade bei der Endentscheidung, die doch die endgültige Wertung der gesamten Straftat darstellt?

Jene Sätze v. Kries', die die allgemeine Begründung seiner Theorie geben sollen, enthalten allerdings einen richtigen Kern — und das wird der Grund sein, warum sie bisher nicht näher auf ihre Richtigkeit geprüft worden sind: Wenn jemand eine liquide Forderungsklage bei einem örtlich unzuständigen Gericht erhebt, so muß, wenn Beklagter die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts vorschützt, die Klage abgewiesen werden. So will es das Gesetz, so entspricht es aber auch dem gebildeten Rechtsgefühle. Warum? Dem Kläger werden scheinbar unnütz Kosten gemacht, dem Gericht unnütze Arbeit, und dem Beklagten ist, da er vom Kläger nunmehr beim zuständigen Gerichte verklagt werden wird, durch die Abweisung der Klage nicht im mindesten geholfen.

Trotzdem befriedigt die Klagabweisung sofort, wenn man

von diesem einzelnen Falle absieht und die Bedeutung berücksichtigt, die er „allgemein im Zusammenhange der sozialen Erscheinungen" besitzt. Dann zeigt sich sofort, daß nur eine sehr kurzsichtige Billigkeit die Abweisung jener sachlich begründeten Klage bedauern kann, daß die Entscheidung in der Tat aber gerecht und befriedigend ist, weil sie die Rechtssicherheit gewährleistet, die zum Schutze des Schuldners gegen Klagen vor einem Gerichte, in dessen Bezirk er nicht wohnt und mit dem er nichts zu tun hat, in allen Fällen auf Antrag des Beklagten eine Prüfung der Zuständigkeit des Gerichts fordert. Gebildet ist das Rechtsgefühl, das das Verständnis für die Forderungen der Rechtssicherheit mit in sich aufgenommen hat. Der Richter soll nicht nur den Einzelfall als solchen, sondern als Erscheinung seines ganzen genus prüfen und so Entscheidungen verhindern, durch die ihm der einzelne Fall zunächst ganz angemessen erledigt scheinen mag, bei denen er sich aber nicht klar gemacht hat, daß die ganze Gruppe, der der Fall angehört, nicht ihr Recht findet, wenn sie ebenso behandelt und entschieden wird.

Aber es wird einleuchten, daß dies Generalisieren von dem Generalisieren beim Kausalitätsurteil weit entfernt ist.

Man wird versuchen müssen, auf einem anderen Wege dem Ursprunge des Rechtsgefühls, das die Kausalentscheidungen der Theorie der adäquaten Verursachung durchweg billigt, manche Kausalentscheidungen der Bedingungstheorie mißbilligt, nachzuspüren.

Im Strafrecht kann die Antwort auf die häufig gestellte Frage, warum der Staat den Schuldigen straft, sehr verschieden ausfallen, sie muß aber notwendig recht allgemein ausfallen. Auf dem viel engeren Gebiete des Schadensrechts, das hier zunächst interessiert, ist die Antwort auf die Frage, warum das Gesetz den schuldhaft Geschädigten schützt, bestimmter und einfacher: weil jede Schadensentstehung möglichst verhindert

und ein dennoch eingetretener Schaden dem entwickelteren Rechtsgefühl gemäß von dem getragen werden soll, der ihm am nächsten steht; das ist aber, wenn der Schädiger einen Schaden angerichtet hat, den er voraussah oder voraussehen mußte, der Schädiger und nicht der Beschädigte.

Hüte dich, deinen Nächsten zu schädigen; soweit du die Schädigung verhindern konntest, haftest du für den Schaden; solche Rücksichtnahme auf den Nächsten kann man von dir als einem vernünftigen Wesen verlangen: das ist der Grundton jedes auf dem Verschuldungsprinzip aufgebauten Schadensrechts.

Ob diese Formel die Basis des gesamten Schadensrechts sein kann, daran werden zunächst Zweifel laut werden, wenn der Verkehr sich solcher Hilfsmittel zu bedienen beginnt, die der Herrschaft des vernünftigen Menschen nicht so unbedingt mehr unterliegen, wie etwa seine Hand und die Werkzeuge, die die Hand führt. Es kann schon die Zähmung von Tieren und ihre Benutzung im Verkehr dazu führen, an der Richtigkeit und Allgemeingültigkeit des Kulpaprinzips bedenklich zu werden: die bestgezogenen Haustiere bleiben immer Tiere, für deren Uebeltaten der Mensch nicht in demselben Maße verantwortlich gemacht werden kann, wie für seine eigenen Taten. Das Recht kann allerdings in dieser Phase der Verkehrsentwickelung einen aufsteigenden Zweifel noch unterdrücken und die Schadesersatzpflicht an die Tierestat nur knüpfen, soweit sie zugleich Menschentat ist, d. h. soweit die Unterlassung ordentlicher Aufsicht über das Tier es diesem erst ermöglichte, schädlich zu werden, oder wenn gar der Mensch das Tier gehetzt hat.

Ist das Recht diesen letzteren Weg und an dem Problem der Allgemeingültigkeit des Verschuldungsprinzips noch vorbeigegangen, dann werden der Dampf und die Maschine schon sorgen, das Problem von neuem vorm Rechte auszubreiten.

„Bei der Verwendung starker Naturkräfte, Dampf, Wasser,

Elektrizität, ist die Gefährdung der Umgebung eine so große, daß wir das Verhalten als Verschulden betrachten müßten, wenn nicht die Unternehmung selbst als notwendig erscheinen würde. Die betreffenden Unternehmungen wegen der damit verbundenen Gefahren zu verbieten, daran ist natürlich nicht zu denken. Es findet hier der Gedanke Anwendung, der für die Schiffahrt in dem Satze ausgedrückt ist: Navigare necesse, vivere non necesse. Aber ein Ausgleich muß dadurch eintreten, daß der Unternehmer für den Schaden einzustehen hat, wenn die Gefahren sich realisieren, die er heraufbeschworen hat [50]).

So macht man die Eisenbahn und verwandte Unternehmungen aus dem Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung verantwortlich für „Betriebsschäden". Und je stärker sich nach und nach das Rechtsgefühl für die Billigkeit dieses Ausgleichs aussprechen wird, und in dem Maße, wie die Gefährdung des Verkehrs durch die Eisenbahn mit der durch Tiere als gleichartig empfunden wird, wird nunmehr der Gesetzgeber sich vielleicht entschließen, den Tierhalter wegen Tierschaden auch ohne Verschulden haften zu lassen.

Dies sind, insbesondere seit den Arbeiten M. und G. Rümelins, alles bekannte Gedankengänge.

Worauf nunmehr besonderes Gewicht gelegt werden muß, trotzdem es vielleicht eine Binsenwahrheit zu sein scheint, ist folgendes: Das Rechtsgefühl, das unbedingt, weil von alters her, die Ersatzpflicht des schuldhaften Schadensstifters bejaht, und das jetzt noch zögernd und tastend und nur in besonderen Fällen sich für die Richtigkeit der Gefährdungshaftung ausspricht, ist ein und dasselbe. Es ist eine ziemlich konstante Größe, die nur langsam dem Drucke neuer Forderungen des Verkehrslebens sich anpaßt. Es wird dahin streben, auch bei

50) G. Rümelin, ArchCivPrax. 88, 295.

der Einführung von Rechtssätzen, die von den entsprechenden Sätzen des früheren Rechts, wie auch von verwandten Sätzen des übrigen neuen Rechts abweichen, durch zusammenbiegende Auslegung die Kontinuität der Rechtsentwickelung zu betonen und die neue Norm der abweichenden älteren Norm inhaltlich möglichst anzunähern [51]).

So schreiend der Gegensatz zwischen Kulpahaftung und Kausalhaftung, zwischen § 823 und § 833 BGB., auf dem Papier ist, so hat es das konservative Element in dem Rechtsgefühl, insbesondere der Praxis fertig gebracht, daß in der Handhabung der beiden erwähnten Rechtssätze das Verwandte mehr auffällt als das Trennende. Man hat diese Annäherung beider Paragraphen — um sie weiterhin als Vertreter der in ihnen zum Ausdruck gekommenen gegensätzlichen Prinzipien zu gebrauchen — nicht ganz unrichtig dahin gefaßt, daß die Haftung aus § 833 BGB. eine verwässerte Verschuldungshaftung sei. Ebensogut kann man umgekehrt sagen: die Ver-

51) Man darf hier nicht einwenden: das gleiche Rechtsgefühl erfülle die Rechtsanwendung wie die Gesetzgebung. Die Schwerfälligkeit des Rechtsgefühls zu betonen, bedeute also, das nicht nur ausnahmsweise Vorkommen krasser Abweichungen eines jüngeren Gesetzes von einem älteren leugnen. — Hiergegen wäre zweierlei zu sagen:

1) Eine tiefgreifende Abänderung solcher Normen, von deren Inhalt das Rechtsgefühl der unter jenem Gesetze Lebenden befriedigt worden ist, wird in der Tat selten sein. Häufig wird in solchen Fällen sich das Rechtsgefühl schon zur Zeit des Bestehens des alten Gesetzes nach dem Inhalte des abändernden Gesetzes hin umgebildet haben.

2) Was aber insbesondere die Gleichheit des Rechtsgefühls beim Gesetzgeber und in der Praxis angeht, so dürfte in der Wandlungsfähigkeit des Rechtsgefühls wohl ein Unterschied bestehen: Die Rechtsanwendung arbeitet, wenn sie bei der Auslegung Interessenabwägung treibt, bis jetzt vielfach noch ganz unbewußt; anders natürlich die Gesetzgebungsfaktoren, richtiger die Faktoren, die die Fassung der einzelnen Rechtssätze vorbereiten und zunächst festlegen (Redaktoren, Kommissionen). Daher der viel dumpfere und schwerfälligere Gang der Umwandlung des Rechtsgefühls in der Praxis.

schuldungshaftung ist nur ein besonderer Fall der Gefährdungshaftung, aus dieser ausgesondert, weil sie allein einen Schaden mit einem konkreten Willens- oder Geisteszustande eines zurechnungsfähigen Menschen in Zusammenhang bringt.

Nun arbeitet die Praxis und auch die Wissenschaft, soweit sie zu richtigen Ergebnissen gekommen ist, bei der Fahrlässigkeit mit dem einengenden Begriffsmerkmal der Voraussehbarkeit des Erfolges, also mit dem Begriffe der (objektiven oder subjektiven) Möglichkeit. Es ist also das natürlichste Ding von der Welt, daß die vom Rechsgefühl geforderte Einengung der reinen Kausalhaftung, ebenso wie bei der als verwandt erkannten oder empfundenen Kulpahaftung, durch Anknüpfung an die Möglichkeitslehre bewerkstelligt ist, wie dies bei v. Kries geschehen.

Wenn also die Uebereinstimmung wichtiger Elemente im Begriffe des Verschuldens, insbesondere der Fahrlässigkeit, und im Begriffe der adäquaten Ursache offen zugegeben wird, erhebt sich dann nicht von neuem der Einwand der Gegner, daß die Theorie der adäquaten Verursachung zu einer Verquickung der Kausal- mit der Schuldfrage führe?

Dieser Einwand kann zweierlei bedeuten:

1) Unsere Theorie binde den Kausalbegriff unlöslich an den Schuld- (richtiger Fahrlässigkeits-)begriff. Soweit der Einwand dies bedeutet, trifft er tödlich die Lehre der adäquaten Verursachung in der v. Kriesschen Fassung.

2) Unsere Theorie (oder einige ihrer Formen) soll nicht objektiv sein, wie sie behauptet, sondern nur subjektiv, sie soll in Wahrheit nicht mit (objektiver) Möglichkeit, sondern mit bloßer Wahrscheinlichkeit arbeiten. Dieser Vorwurf ist rein formaler Natur, aber auch als solcher wohl unberechtigt. Der Begriff der Objektivität ist ja freilich seit den Tagen Kants

„voller Verwicklung“ [52]). Aber es nimmt doch auch ein so scharfer und scharfsinniger Kritiker unserer Lehre, wie v. Brünneck [53]), in einem Falle, in dem man am ersten von einem Aufgeben der objektiven Betrachtungsweise reden könnte, an, daß mit Recht der Begriff der objektiven Möglichkeit verwendet werde: in dem Falle, daß einem Täter der von ihm richtig berechnete unregelmäßige Kausalverlauf als adäquate Wirkung seines Tuns zugerechnet wird.

Selbst wenn aber der Vorwurf berechtigt sein sollte, er wiegt nicht schwer. Schwer würde er nur wiegen, wenn die Verwandtschaft zwischen dem Fahrlässigkeitsbegriff und unserem Ursachenbegriff nicht offen aufgedeckt werden dürfte.

Oder sollte vielleicht bei der mehrfach zu beobachtenden Wertlegung auf die objektive Natur der verschiedenen Theorien der adäquaten Verursachung der Gedanke mitgespielt haben, daß man durch die Einführung des „logischen“ Begriffs der objektiven Möglichkeit in die Kausalitätslehre die Hineintragung „unlogischer“ Elemente vermiede? Wenn dieser Gedanke mitgespielt haben sollte, ist er unrichtig. Denn es kann gar kein Zweifel obwalten, daß (unlogische) Erwägungen der Zweckmäßigkeit der Theorie der adäquaten Verursachung zu Grunde liegen.

Der Unterschied der hier vorgetragenen Begründung der Theorie der adäquaten Verursachung liegt nur in dieser (theoretischen) Begründung, er führt keineswegs zu einem anderen Verfahren in der praktischen Anwendung der Lehre. Wenn man auch nicht gerade darum die Theorie der adäquaten Verursachung für wertvoll hält, weil sie generalisierend verfährt, so kommt man auch von meinem Standpunkt aus praktisch in ganz der-

52) Eucken, Geistige Strömungen der Gegenwart, 1904, 17.

53) W. v. Brünneck, Die herrschende Kausalitätstheorie und ihre Stellung zum RStGB., Haller Diss., 1897, 28—30.

selben Weise zu der Verallgemeinerung des Bedingungskomplexes und des Erfolges. Für die theoretische Betrachtung verändert sich das Verallgemeinerungsverfahren allerdings auch ein wenig mit der Veränderung der theoretischen Grundauffassung: der Gegensatz des Möglichkeitsurteils ist ja das Notwendigkeitsurteil. Ein Erfolg ist notwendiges Ergebnis seiner sämtlichen Antezedentien. Für die Anwendung des Begriffs der Möglichkeit wird erst Raum, wenn man nur einen Teil der Bedingungen betrachtet, wenn man, was dasselbe ist, den Bedingungskomplex seines Erfolges durch Weglassen einiger Bedingungen verallgemeinert. Schon dies ist, auch wenn man die nicht weggelassenen Bedingungen ganz konkret faßt, eine Verallgemeinerung des Bedingungskomplexes.

Neben dieser Verallgemeinerung des Bedingungskomplexes durch bloßes Weglassen einzelner Bedingungen kann noch eine weitere Verallgemeinerung des Komplexes durch Verallgemeinerung der einzelnen in ihn aufgenommenen Bedingungen erzielt werden.

Auf diese letztere Verallgemeinerungsform scheint von Kries[54]) besonderes Gewicht zu legen. In der Tat dürfte die erstere Verallgemeinerungsform für alle Fassungen der Lehre von der adäquaten Verursachung ungleich wertvoller sein: wenn man auf Grund der dem Täter oder dem an Stelle des Täters gedachten Normal- oder Idealmenschen (ex ante oder ex post) erkennbaren Bedingungen das Kausalurteil abgeben läßt, so ist klar, daß die Verallgemeinerung hauptsächlich infolge der Weglassung aller von dem jeweiligen Standpunkt unerkennbaren Bedingungen erzielt wird; daß daneben unter anderem auch eine Verallgemeinerung einzelner vorausgesetzter Bedingungen stattfindet, tritt an Bedeutung hinter der Verallgemeinerung durch Weglassen durchaus zurück.

54) S. 184, 185.

Wer die Schuld als Lehrmeisterin des Kausalzusammenhanges anerkennt, für den verlieren zwei von dem v. Kries-schen Ausgangspunkt schlecht oder gar nicht zu erklärende, miteinander zusammenhängende Erscheinungen alles Befremdliche: warum wird denn die Generalisierung (durch Weglassen) auf keine der erkennbaren Bedingungen ausgedehnt, warum wird insbesondere und vor allem die höchst einzigartige richtige Beurteilung eines ganz regelwidrigen Kausalverlaufs durch den (vorsätzlichen) Täter beim Kausalurteil berücksichtigt; „was berechtigt uns die objektive Möglichkeit in der Art zu erhöhen, daß wir dem Täter folgend die besonderen Umstände des Falles in Rechnung ziehen" [55]?

Diese Fragen, wenigstens die letzte, werden vom v. Kries-schen Ausgangspunkt aus nie befriedigend beantwortet werden können, während sie sich, wenn man sich offen zu der Verwandtschaft des Kausalbegriffs mit dem Schuldbegriff bekennt, von selbst erledigen [55a]).

---

55) v. Brünneck, S. 30.

55a) Erst nach Fertigstellung dieses Abschnittes kommt mir Heß' neue Abhandlung: Kausalzusammenhang als projizierter Wunschzusammenhang, ArchCivPrax. 97, 45 f., zu Augen. Eine eingehende Auseinandersetzung mit Heß, der trotz einiger Berührungspunkte mit der Theorie der adäquaten Verursachung ganz seine eigenen Wege geht, würde aus dem Rahmen dieser der Lehre von der adäquaten Verursachung gewidmeten Arbeit herausfallen. Nur zwei Bemerkungen:

1) Heß' Interesse bei Betrachtung des juristischen Kausalzusammenhanges liegt ganz wo anders als bei den Anhängern der adäquaten Verursachung. Seine Theorie will Kantsche Gedanken fortbilden; er hofft Förderung des juristischen Kausalproblems im Anschluß an die Errungenschaften der Philosophie. Dagegen nehmen die Anhänger der adäquaten Verursachung, nachdem sie erkannt haben, daß eine Anknüpfung an die Philosophie nicht möglich ist, zur Philosophie entweder gar nicht oder nur defensiv, letzteres vor allem Rümelin, Kausalbegriffe 177 f., Stellung. (Insofern ist es unrichtig, wenn Heß, S. 46 in der genannten Arbeit Rümelins einen Beweis sieht, „daß Philosophie auch bei den Juristen wieder

So viel über die Bedeutung des Rechtsgefühls für unsere Lehre und über seinen Ursprung. Aber darf man denn unter Berufung auf das Rechtsgefühl die kausale Betrachtung verfälschen, wie dies jüngst ein Anhänger der Bedingungstheorie [56]) unserer Theorie vorgeworfen hat, darf man die Lehre des juristischen Kausalzusammenhanges von der Logik ab und der Ethik näher rücken?

Hierauf antwortet unsere Theorie: die Frage, was eine Rechtsnorm unter „Verursachen" oder einem gleichwertigen Ausdruck versteht, ist eine Auslegungsfrage [57]), wie jede andere. Selbst eine etwaige in einem Gesetze gegebene Definition der Ursache würde die Wissenschaft nicht binden.

Diese Erkenntnis geht über die Erkenntnis, daß man bei

mehr in Gunst gekommen".) Dagegen geht unser Hauptinteresse auf Feststellung einer Formel, mit der die Praxis zu guten und leidlich sicheren Kausalentscheidungen kommen kann; und zu dem Zwecke muß ein möglichst großes Material an einzelnen Tatsachen und Rechssätzen verarbeitet werden, wie dies besonders in den Arbeiten Rümelins und Traegers geschehen ist. Von alledem findet sich, auch in der neuesten Arbeit Heß', die zwar etwas mehr in das juristische Detail hinabsteigt als die früheren, sehr wenig. Heß will gar nicht durch Aufstellung einer festen Formel den „Geschmack" des Richters binden; aber das ist nach unserer Meinung eben ein Mangel.

2) Heß' Ausführungen über Schuld und Kausalzusammenhang enthalten gewisse Berührungspunkte mit meinen Ausführungen in diesem Abschnitt. Psychologisch seien, sagt Heß, S. 63, dolus und culpa nicht Korrelate, sondern Daseins-, Entstehungsgrund des Kausalzusammenhanges. — Mit allen Vertretern der Theorie der adäquaten Verursachung berührt sich Heß (schon seit seiner vorletzten Schrift: Das Märchen vom Kausalzusammenhange oder im Banne des Zweckes, 1902) durch die starke Betonung der Bedeutung der Zweckmäßigkeit für die juristischen Kausalfragen. S. 52 sagt er: „Zweckmäßig! Das ist es, worauf alles ankommt, worauf sich in der Kausallehre alle Aufmerksamkeit zu konzentrieren hat."

56) Graf zu Dohna im JLBl. 1905, 80.

57) So zuerst Zitelmann, Das Recht des BGB., Allg. Teil, 155, der auf dem Standpunkt von v. Kries steht, sodann Traeger, S. 2; Litten, S. 30; vergl. auch Spohr, ZStW. 25, 406.

der Ermittelung des Kausalzusammenhanges auf das Rechtsgefühl und Zweckmäßigkeitserwägungen zurückgehen darf, inhaltlich hinaus.

Arbeitet doch die Auslegung keineswegs nur mit Zweckmäßigkeitserwägungen. Ein anderes, freilich häufig einigermaßen unsicheres Auslegungsmittel ist, zur Ermittelung der Bedeutung eines gesetzlichen Ausdruckes auf seine Bedeutung in der Laiensprache zurückzugehen.

Aber gerade bei einem so schwierigen und nach der jeweiligen Betrachtungsweise wechselnden Gegenstande, wie es die Ursache ist, muß man dem Versuche, aus dem Laiensprachgebrauch Klarheit zu schöpfen, skeptisch gegenüberstehen.

Rümelin glaubt freilich sich auf den allgemeinen Sprachgebrauch zur Unterstützung seiner Lehre berufen zu können. „Wir möchten glauben", sagt er [58]), „daß der ganze populäre Verursachungsbegriff von unserem Gegensatz der adäquaten und inadäquaten Verursachung beherrscht wird. Sobald man sich genaueren Aufschluß zu geben sucht über die dem allgemeinen Sprachgebrauch zu Grunde liegenden Vorstellungen, wird man entweder auf den ursprünglichen Bewirkungsbegriff (der aber bei komplizierteren Vorgängen bald im Stich zu lassen pflegt) oder auf die adäquate Verursachung geführt. wobei die objektivadäquate Verursachung die äußerste Grenze bildet."

In dieser letzteren negativen Form mag man dies vielleicht sagen können.

Darf man sich in diesem beschränkteren Sinne auf den populären Sprachgebrauch berufen, so führt dieses Zurückgehen auf den Sprachgebrauch — darauf kommt es mir hier an — offensichtlich wieder zu einer Annäherung zwischen dem Schuldbegriff und dem Ursachenbegriff und läßt diese Annäherung

58) Kausalbegriffe, S. 194, 195.

natürlich erscheinen: denn es ist doch noch gar nicht so lange her, als, auch im Strafrecht, der Schuldzusammenhang noch gar nicht vom Kausalzusammenhang geschieden wurde[59]), als also noch für die Wissenschaft und erst recht für die laienhafte Betrachtung Schuld- und Kausalfrage in eins verfloß[60]). Annehmen, daß diese Zusammengehörigkeit nicht auch jetzt noch den Laien natürlich erschiene, das würde heißen annehmen, daß die Laienauffassung und der Laiensprachgebrauch, sich mit der Klärung dieser Fragen in der Wissenschaft gleichfalls berichtigt hätten. Zu dieser letzteren Annahme aber liegt kein Grund vor. Dazu ist die Jurisprudenz heutzutage leider viel zu wenig volkstümlich, als daß die Fortschritte ihrer Erkenntnis sich alsbald in eine Bereicherung des Wissens der Laienwelt umsetzen könnten.

Bietet danach das Zurückgehen auf den allgemeinen Gebrauch des Wortes Ursache nur eine geringe Förderung unserer Lehre, so tut man trotzdem gut, sich immer gegenwärtig zu halten, daß die Auslegungsfrage das eigentliche punctum saliens für den Juristen ist, wie Rümelin sich ausdrückt. Das hat einen dreifachen Vorteil:

1) Einmal führt diese Erkenntnis zu einer heilsamen beständigen Nachprüfung der Zulässigkeit der Anwendung der Theorie auf neue, bei der Aufstellung der Theorie noch nicht in Betracht gezogene Rechtsregeln, insbesondere auf Regeln, die nicht von Verursachen durch einen Menschen, sondern durch etwas anderes sprechen.

Wenn z. B. nach § 6 BGB. unter anderem derjenige entmündigt werden kann, der infolge von Trunksucht seine

59) Vergl. Radbruch, ZStW. 24, 334 f.

60) Der Gesetzgeber des BGB. redet ja noch im § 254, wenn man sich einmal so ausdrücken darf, als rückständiger Laie, indem er von einem mitwirkenden Verschulden des Beschädigten spricht.

Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt, so ergibt nähere Ueberlegung, daß es höchst verhängnisvoll wäre und dem Sinne des Gesetzes gewiß nicht entspräche, wenn man jeden, dessen Trunksucht die allgemeine Tendenz hat, ihn selbst oder seine Familie der Gefahr des Notstandes auszusetzen, dessen Trunksucht, einfacher ausgedrückt, den finanziellen Ruin der Familie begünstigt, entmündigen wollte. Wenn ein im Unfrieden mit seiner Frau lebender Ehemann an den Trunk kommt, wenn er in Prozessen mit seiner Frau, die ihn verlassen und auf Zahlung von Unterhalt verklagt hat, mehr und mehr Geld verliert, Summen, die weit höher sind als das, was er für seine Trinkleidenschaft verausgabt, dann wird man ihn noch nicht auf Grund des angeführten Rechtssatzes entmündigen dürfen, trotzdem die Trinkausgaben, wenn auch in schwächerem Maße als die anderen Ausgaben, adäquat den Eintritt eines Notstandes begünstigen; dieser Grad von Mitwirkung genügt im Falle des § 6 nicht. Die Entmündigung ist ein so hartes Mittel zur Schadensverhütung, daß der Richter sich nur in krassen Fällen für befugt halten darf, davon Gebrauch zu machen.

Schon der Wortlaut des § 6 zwingt zu dieser Einengung des Kausalbegriffs. Wäre das Kausalverhältnis hier in dem regelmäßigen Sinne der Lehre von der adäquaten Verursachung zu fassen, so könnte § 6 Ziff. 3 BGB., soweit darin von der Gefahr des Notstandes gehandelt wird (zweite Alternative) einfach lauten: (Entmündigt kann werden:) 3. der Trinker; denn die Befriedigung der Trunksucht führt notwendig zu nicht unerheblichen Ausgaben, und diese begünstigen allgemein den Eintritt eines Notstandes. Daß trotzdem von der Gefahr eines Notstandes noch besonders die Rede ist, beweist eben, daß das Kausalverhältnis hier enger zu fassen ist.

Auch im Falle des § 1715 BGB. ist es wenigstens

zweifelhaft, ob man der unehelichen Mutter gegen den Schwängerer einen Anspruch auf Ersatz aller adäquat mit der Entbindung zusammenhängenden Kosten geben darf[61]).

2) Die Erkenntnis, daß das Kausalverhältnis im Sinne einer bestimmten Norm durch Auslegung klarzustellen ist, macht es, auch abgesehen von den eben erwähnten Fällen, von vornherein wahrscheinlich, daß unsere Theorie nicht immer, sondern nur regelmäßig anwendbar sein wird; vor allem nimmt sie aber der Erscheinung, daß der Begriff der adäquaten Ursache z. B. im Falle des § 287 BGB. zu eng, im Falle des § 833 BGB. dagegen nicht eng genug und gleichsam noch einer Einlage bedürftig ist, alles Bedenkliche.

3) Endlich wird die unbehinderte Anwendung der Auslegungsregeln auf die Ermittelung des Kausalverhältnisses in den verschiedenen Normen dafür sorgen, daß der Kausalbegriff seine nötige Elastizität behält und einer Aenderung der ethischen und sozialen Werturteile, wie sie in heutiger Zeit rascher sich vollziehen kann als früher, geschmeidig nachzugeben vermag.

Ein Beispiel! Nach einem ursächlichen Zusammenhange forscht man bekanntlich auch, wenn man untersucht, ob ein Unfall einen „Betriebsunfall", ob ein Schaden eine „Dienstbeschädigung" darstellt; die Besonderheit dieser kausalen Beziehungen liegt nur darin, daß hier nicht ein einzelnes menschliches Verhalten, sondern ein kompliziertes, menschliches Tätigkeitszentrum (Betrieb, Dienst) die Ursache ist[62]). Wie weit man nun den Begriff des Betriebsunfalles fassen will, ob man,

61) Die Ansichten sind geteilt; vergl. JDR. 1903 und 1904, bei § 1715.

62) Das ungeübte Auge kann leicht übersehen, daß es sich auch hier um kausale Beziehungen handelt; die französischen Juristen, denen die Wissenschaft keine durchgebildete Kausalitätstheorie an die Hand gegeben hat, sprechen daher nicht von Kausalzusammenhang, sondern von Konnexität zwischen Betrieb und Unfall.

was dasselbe ist, den Begriff des Kausalzusammenhanges zwischen Betrieb und Unfall enger oder weiter bestimmen will, das hängt, wie hier besonders leicht einleuchten wird, wesentlich von ökonomischen und sozialpolitischen Erwägungen ab, von Anschauungen also, die zur Zeit in ganz besonders schnellem Flusse sich befinden.

Wenn uns nun eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Colmar[63]) beiläufig darüber belehrt, daß die Militärverwaltungspraxis den Begriff der Dienstbeschädigung zunächst enger gefaßt hat, dann aber infolge eines Erlasses des preußischen Kriegsministers den Begriff zu Gunsten der Invalidenansprüche ausgedehnt hat auf jede, „während der Ausübung der dienstlichen Handlungen ohne eigenes Verschulden erlittene Beschädigung", so spiegelt sich in dieser Veränderung der Praxis die Umwandlung der sozialpolitischen Anschauungen.

Zum Schlusse dieser Erörterungen über die Grundlage unserer Lehre noch eine allgemeine Bemerkung.

Radbruch[64]) gibt dem schon besprochenen Einwand gegen unsere Theorie der Verquickung von Kausalzusammenhang und Schuld folgende neue Fassung: „Dem Vorwurfe der Vermengung von Schuld und Kausalität mit dem Verfasser alle Bedeutung absprechen, hieße die Natur der Jurisprudenz als einer systematischen Wissenschaft leugnen. In einem System darf kein Posten doppelt gebucht werden, dagegen verstößt aber die adäquate Kausallehre, indem sie außer dem Verschulden noch die Verschuldensmöglichkeit besonders fordert."

Vom rein systematischen Standpunkte aus mag diese Annäherung des Kulpa- und des Kausalbegriffes eine Sünde sein; aber wer diese Sünde begeht, kann hoffen, Vergebung zu finden

63) OLG. 5, 246.
64) ZStW. 25, S. 265, 266 Nr. 7.

vor dem Richterstuhle der Gerechtigkeit, der er ja nur hat dienen wollen.

Schon Pfaff und Hofmann (vergl. oben Note 49) haben bemerkt[65]), daß die Gedanken im System des Rechts sich trotz des Dichterworts häufig genug „stoßen" und nicht immer „leicht beieinander wohnen".

Die neuere Jurisprudenz hat sich auch sonst schon mehrfach, wenn sie vor der Frage stand, ob sie auf ein reinliches System mehr Wert legen sollte oder auf eine zweckmäßige, wenn auch systematisch weniger befriedigende Behandlung des Rechts, für das letztere entschieden. Systematisch haben scharfe Gegensätze zwischen den das System abteilenden Begriffen, hat der Aufbau eines Rechtsgebiets auf geschlossenen Prinzipien besonderen Wert. Aber der kritische Zug und der stark entwickelte Tatsachen- und Zweckmäßigkeitssinn in der modernen Rechtswissenschaft sind am Werke, die Ueberzeugung zu entwickeln, daß die Naturfugen im Recht sich keineswegs immer mit den Kunstfugen früherer systemfroher Epochen decken, daß die Naturfugen seltener sind und daß häufig da, wo die frühere Anschauung zur Trennung zweier Rechtsteile eine Kunstfuge gemacht hatte, die Trennung verfehlt ist, weil der eine Rechtsteil langsam und ohne Gegensatz in den anderen übergeht.

Diese Abbruchsarbeit an dem alten Bau der scholastischen Jurisprudenz hat nicht erst kürzlich begonnen, sie wird neuestens nur beschleunigt.

So hat schon Savigny[66]) mit der Abstraktion eines die Ersitzung und die Klagenverjährung umfassenden ganz allgemeinen Oberbegriffs für alle Zeiten aufgeräumt. So hat man in jüngerer Zeit neben den Begriff des Rechtsgeschäfts den der Rechtshandlung gestellt, trotzdem die Grenze zwischen

65) S. 178 Anm.

66) System 4, 369 f.

beiden Begriffen keineswegs leicht zu ziehen ist und gleich gezogen wird. So verwischt sich sogar der altehrwürdige Gegensatz zwischen dinglichen und persönlichen Rechten und Ansprüchen, wenn man mit Hellwig[67]) anerkennen muß, daß in gewissem Umfange verletzte Forderungsrechte Ansprüche auch gegen dritte Personen geben.

Das dürften schon Beispiele genug sein, um zu zeigen, daß systematische Bedenken und Unbequemlichkeiten allein nie eine sachgemäßere Behandlung des Rechts gehindert haben und hindern dürfen.

III.

Ich möchte nunmehr meine früher aufgestellte Formel und jede Anlehnung an die Formel Rümelins aufgeben und mit Traeger[68]) den Bedingungskomplex so umschreiben, daß das Kausalurteil abzugeben ist auf Grund aller für den Richter ex ante erkennbaren Bedingungen.

Dreierlei scheint mir gegen die Lehre Rümelins, zum Teil auch gegen ihre Abarten bei Wiechowski, Litten und in meiner „Teilnahme“ zu sprechen: für den Wert einer juristischen Kausalitätstheorie, ist vor allem maßgebend ihre Brauchbarkeit für die Praxis. Ihre Brauchbarkeit hängt einmal (1) von ihrer Praktikabilität, sodann aber vor allem (2 und 3) davon ab, ob sie zu unserem Rechtsgefühl entsprechenden Entscheidungen verhilft.

1) Alle Theorien der adäquaten Verursachung sind weniger handlich als die Bedingungslehre. Um so bedeutsamer aber ist es, die relativ handlichste unter den verschiedenen möglichen Fassungen der erstgenannten Theorie auszuwählen.

---

67) Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 1, 1903, S. 198, 199.
68) Oben S. 348, 349.

v. Kries[69]) sagt: „Wo eine ganz scharfe Formulierung der Natur der Sache nach unmöglich ist, also vom Gesetze nicht gegeben werden kann, da wird es trotzdem eine ganz wohl lösbare Aufgabe der Praxis sein, eine gewisse Gleichartigkeit des Verfahrens einzuhalten. Dieselbe wird in hohem Grade erleichtert sein, wenn die obersten Gerichtshöfe durch eine Reihe von autoritativen Entscheidungen eine größere Zahl von Präcedenzfällen geschaffen haben, welche für die Behandlung weiterer Fälle einen Anhalt gewähren."

Man kann nun nicht von jedem beschäftigten Praktiker verlangen, daß er ein Spezialist der Lehre des Kausalzusammenhanges sei; man muß ihm, wenn man will, daß er die Ergebnisse der Theorie für die praktische Rechtspflege nutzbar macht, einfache Ergebnisse und klare Formeln darbieten. Die Rümelinsche Lehre und ihre Abarten sind aber alle, erstere wegen ihrer Billigkeitsmodifikation, die letzteren teils wegen der Zweiteilung (Littens und meine Fassung), teils wegen der Undurchsichtigkeit ihrer Formel [Wiechowski[70])] zu kompliziert.

Auf der anderen Seite: Welche Betrachtungsweise kann dem Richter näher liegen als die vom Standpunkt des Richters? Er hat ja (von dem einen ganz unpraktischen, dabei, wenn er einmal praktisch werden sollte, gar keine Schwierigkeiten machenden Falle abgesehen, daß der Täter mehr weiß, als dem durch das Wissen des Sachverständigen unterstützten Richter ex ante

69) S. 238.

70) Ich wenigstens muß gestehen, daß ich die Verbindung der Betrachtung ex ante und ex post in der Formel Wiechowskis (oben S. 345) nicht ganz verstehe: Bis zu den letzten Worten: „und zwar entscheidet er rückschauend ex post", ist alles klar und deckt sich, wie auch die vorhergehenden Ausführungen W.s, mit dem von Traeger und jetzt von mir eingenommenen Standpunkt; aber die erwähnten Worte und die Schlußworte bringen dann plötzlich wieder den Standpunkt ex post hinein.

erkennbar war) nichts zu tun als zu fragen: konnte ich in der Lage des Täters einen solchen Erfolg voraussehen? Er braucht gar nicht einmal, wie z. B. bei jeder Beurteilung einer strafrechtlichen Fahrlässigkeit, aus seiner Individualität herauszutreten und sich in die Eigenart des Täters hineinzuversetzen.

2) Die Rümelinsche Formel zieht den Kreis der vorauszusetzenden Bedingungen zu weit und führt auch in Fällen zur Bejahung des Kausalzusammenhanges, in denen dies unserem Rechtsgefühl widerstreitet. Dies ist schon vielfach behauptet worden, aber nicht immer mit schlagenden Beispielen belegt worden. Weder in dem S. 338 erwähnten Beispiele v. Kries', noch in demjenigen Traegers S. 343 und 344 kann der unachtsame Täter (Krankenwärter und Kistenverlader) zur Verantwortung gezogen werden, weil er, eine normale Ausgestaltung jener Beispiele vorausgesetzt, nicht fahrlässig gehandelt hat. Zu dem Beispiele von v. Kries hat schon Radbruch[71]) mit Recht hervorgehoben, daß der Krankenwärter nicht fahrlässig sei, weil er den Tod des Patienten nicht habe voraussehen können. Dasselbe gilt von den Hafenarbeitern in Traegers Beispiel; ja, wenn sie gewußt hätten, daß Explosivstoff in der Kiste war, dann träfe sie Fahrlässigkeit; aber dann bejaht unser Rechtsgefühl sofort auf das entschiedenste ihre Verantwortlichkeit. Dabei ist auch Traeger[72]) der Meinung, daß die Voraussehbarkeit des Erfolgs ein Stück des Tatbestands der zivilrechtlichen Fahrlässigkeit sei.

Statt dessen ein Beispiel aus der Praxis.

Jemand erlangt gegen einen Bauunternehmer im Wechselprozesse aus verschiedenen Wechseln in erster Instanz mehrere vorläufig vollstreckbare Urteile und betreibt aus ihnen sofort gegen die wichtigsten Vermögensstücke des Bauunternehmers

71) S. 35; ebenso Litten.
72) S. 191 f.

die Zwangsvollstreckung. Unter anderem wird ein im Bau befindliches, halbfertiges Haus des Unternehmers mit Zwangshypotheken belegt; der Weiterbau steht ein halbes Jahr lang still, weil alle Baugelder gepfändet sind. Das letzte Grundstück des Unternehmers wird gleich danach von einem anderen Gläubiger zwangsversteigert.

Die zweite Instanz spricht die Ungültigkeit der Wechsel aus, und nun verlangt der Unternehmer Ersatz des durch die Zwangsvollstreckung entstandenen Schadens.

Von ganz unzweifelhaften Posten abgesehen, wird er Ersatz verlangen können für den Schaden, der ihm dadurch entstanden ist, daß in dem unbeaufsichtigten halbfertigen Neubau während des Stillstandes der Bauarbeiten Baumaterial gestohlen und Fensterscheiben eingeworfen sind, ferner auch, vorausgesetzt, daß der Bauunternehmer zur Zeit der ersten Pfändungen auf Grund der Wechselurteile in guter Vermögenslage war[73]), Ersatz des Schadens, den ihm die Zwangsvollstreckung seitens des zweiten Gläubigers verursacht hat.

Aber Rümelin (und ebenso die Bedingungslehre) muß weitergehen und beispielsweise auch Kausalzusammenhang annehmen zwischen der Zwangsvollstreckung und dem Schaden, der dem Unternehmer dadurch entstanden ist, daß er beim Versuch, die in dem unbeaufsichtigten Neubau Unfug machenden Straßenjungen daraus zu vertreiben, in eine Kalkgrube gerät, die schon längst nicht mehr vorhanden gewesen wäre, wenn der Bau nicht infolge der Zwangsvollstreckung liegen geblieben wäre.

Ex post liegen alle die Bedingungen der Körperverletzung

73) Wenn dagegen schon bei der Pfändung durch den Wechselgläubiger die Vermögenslage des Unternehmers keine gute war, treten sofort Zweifel auf, ob die Zwangsvollstreckung überhaupt conditio s. q. n. dieses Schadens war.

bekannt vor und müssen beim Kausalitätsurteil berücksichtigt werden. Auch die Billigkeitsmodifikation kann ungezwungen hier nicht angewendet werden[74].

Derselbe Einwand ist gegen die Abarten der Rümelinschen Theorie, soweit sie mit einer Voraussehbarkeit ex post arbeiten, zu erheben; außerdem aber auch gegen die Littensche Einschränkung seiner für die Beurteilung des Kausalzusammenhanges zwischen Anfangserfolg und Enderfolg gegebenen Formel:

„Ohne Rücksicht hierauf sind dem Möglichkeitsurteil stets zu Grunde zu legen die Besonderheiten des physischen oder wirtschaftlichen Organismus des Verletzten." Dies wird sich gleich unter 3) zeigen.

3) Rümelin[75], Traeger[76], Litten[77] und ich in meiner „Teilnahme" vertreten alle die Anschauung, daß eine billigenswerte Theorie des Kausalzusammenhanges den Kausalzusammenhang bejahen müsse zwischen der Tat des A, der dem B durch einen leichten Schlag die abnorm dünne Hirnschale zertrümmert, und dem infolgedessen eintretenden Tode des B.

Alle Theorien, die von der Voraussehbarkeit ex post ausgehen, müssen zu diesem Ergebnis kommen, da ja der Erfolg „die Besonderheit des physischen Organismus des Verletzten" aufgedeckt hat[78]. Die Theorie der Voraussehbarkeit ex ante

74) Noch weitergehend muß die Bedingungslehre den Kausalzusammenhang bejahen zwischen der Vollstreckung und dem Schaden, der dem Unternehmer dadurch entstanden ist, daß ihm auf der Reise zum Gläubiger, den er zur Einstellung der Vollstreckung bewegen wollte, von einem Dachziegel der Arm zerschmettert wird: die Zwangsvollstreckung ist conditio s. q. n. des Armbruchs.

75) Oben S. 343.

76) S. 198 f.

77) Oben S. 348.

78) Warum Litten dem die Besonderheiten des wirtschaftlichen Organismus gleichstellen will, ist nicht klar. Wenn damit Ernst gemacht werden

vom Standpunkte des Normalmenschen aus muß den Kausalzusammenhang verneinen: darum sieht sich Litten ja gerade zu der Aufstellung der eben wieder erwähnten Einschränkung veranlaßt.

Vom Standpunkte des Richters aus ist es an sich zweifelhaft, ob man den Kausalzusammenhang bejahen muß oder nicht, Traeger bejaht ihn, und ich habe es auch getan[79]).

Jetzt bin ich zu der Meinung gekommen, daß die Bejahung des Kausalzusammenhanges in solchen Fällen einer ganz bestimmten und gesunden Tendenz im BGB., sowie in der neueren Wissenschaft und Rechtsprechung widerspricht, der Tendenz, im gleichen Verhältnis zu den Anforderungen an die aktive Verkehrstüchtigkeit auch diejenigen an die passive Verkehrstüchtigkeit zu steigern.

Im BGB. ist dies an vielen Stellen gegenüber dem gemeinen Recht unverkennbar; es zeigt sich bald darin, daß das BGB. in Berücksichtigung dieser Tendenz das gerade Gegenteil von der entsprechenden gemeinrechtlichen Rechtsregel normiert, bald darin, daß das BGB. von zwei im gemeinen Recht streitenden Meinungen diejenige zum Gesetz erhoben hat, die jener Tendenz näher kommt.

Zu der ersteren Gruppe von Rechtssätzen des BGB. gehören z. B. die Fälle, die O. Bülow, wenn ich nicht irre, einmal Ausflüsse des „Abwehrprinzips" genannt hat: Wehr dich gegen eine dir nicht passende Rechtsfolge, sonst tritt sie ein. Schlage die Erbschaft aus, sonst sitzest du daran; rüge die mangelnde Geschäftsfähigkeit, die mangelnde Vertretungsmacht desjenigen, der dir nichts als eine mündliche Kündigung über-

---

soll, kommt man, zunächst eine schärfere Absteckung dieses Begriffs der Besonderheiten des wirtschaftlichen Organismus vorausgesetzt, wieder zu einer viel zu weit gehenden Haftung.

79) Teilnahme, S. 38, 39.

bringt, sonst ist die Kündigung wirksam [§§ 111, 180 BGB.[80])]. Zur zweiten Gruppe gehört z. B. § 254 Abs. 2 BGB: dem hierin ausgesprochenen Grundsatz stellten im gemeinen Recht noch Ryck und Dernburg die Meinung entgegen, daß man vom Geschädigten keine weitgehenden positiven Maßregeln zur Vermeidung des vorhandenen Schadens verlangen könne[81]).

Aus Wissenschaft und Praxis gehören hierher die Aeußerungen, die, an Zahl immer zunehmend, die Geltung des in die Erscheinung getretenen Willens gegenüber dem nicht geäußerten betonen. Im Handelsverkehr hat z. B. jetzt der Satz: Qui tacet, consentire videtur, wie hier allerdings nicht näher nachgewiesen werden kann, eine viel größere Bedeutung als früher. Hierhin gehört auch die einengende Auslegung der §§ 154, 155 BGB., wonach diese Paragraphen auch äußerlich sich nicht deckende Willenserklärungen voraussetzen[82]).

Näher kommen dann unserer Frage schon Entscheidungen, wonach es im § 544 BGB. auf die erhebliche Gesundheitsgefährdung bei einem normalen Menschen, nicht bei einem nervösen, kranken Menschen ankommt[83]); noch näher kommt, eine neuere Entscheidung des Reichsgerichts[84]): Ein Dienstmädchen verunglückt beim Fensterputzen. Wenn sie, wie sie behauptet, an Schwindelanfällen leidet, mußte sie das der Herrschaft vorhersagen. Dagegen brauchte die Herrschaft sich nicht selbst danach zu erkundigen.

80) Einen anderen Fall enthält § 416 BGB.; auch die §§ 341 Abs. 3 und 464 BGB. gehören hierher.

81) Vergl. Teilnahme 93.

82) JW. 1904, 404; SeuffA. 60 Nr. 92; Danz, IheringsJ. 46, 402 f.

83) SeuffA. 60 Nr. 5 (Bamberg); OLG. 7, 17 (Jena); ähnlich RG. in JW. 1904, 384: Maßstab für die Erträglichkeit von Geräuschwirkungen ist der normale Durchschnittsmensch.

84) JW. 1904, 290.

Die Unrichtigkeit der herrschenden Meinung, die noch die Konsequenzen des Satzes: aliud alii mortiferum esse solet ziehen will, dürfte unmittelbar aus der das Rechtsgefühl gewiß befriedigenden Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 1903, Beilage, S. 134, abgeleitet werden können: Beklagter hat die Klägerin, die unbefugt sein Grundstück betreten und wahrscheinlich dabei den Zaun überstiegen und beschädigt hat, bis ein Stück über den Bereich seines Besitztums verfolgt und ihr „einige an sich ungefährliche, den Körper der Klägerin in Wahrheit nicht treffende Schläge" mit einem Bohnenstecken versetzt. Nach Ansicht des Reichsgerichts konnte der Beklagte nach dem regelmäßigen Verlaufe der Dinge auch bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht annehmen, daß die Klägerin, ein nach ihrer eigenen Angabe, zur Zeit des in Frage stehenden Vorganges gesundes, normal entwickeltes Landmädchen von 11 Jahren, durch solche Maßnahmen, insbesondere durch eine kurze Verfolgung, an ihrer Gesundheit beschädigt werden konnte.

Hätte das Reichsgericht aber nicht gerade so entschieden, wenn dem Kind, das in der Tat nicht so gesund war, wie es aussah, bei der Verfolgung eine Ader geplatzt wäre, oder wenn ein Stockschlag ein durch die Kleider verdecktes Geschwür getroffen und verschlimmert hätte? — Mir scheint, ganz gewiß.

Zwar hat das Reichsgericht nur die Fahrlässigkeit verneint, nicht ausdrücklich den Kausalzusammenhang. Aber besteht bei den beiden eben gegebenen Fortbildungen des dem Reichsgericht zur Entscheidung vorgelegenen Tatbestandes noch genereller und nicht vielmehr ein zufälliger, nur ex post erkennbarer Kausalzusammenhang?

So sehr jedem die körperliche Unversehrtheit seines Nächsten angelegen sein muß, so berechtigt uns doch nichts,

das Rechtsgut der Gesundheit und Körperintegrität gegenüber den anderen durch die Normen des Schadensrechts geschützten Rechtsgütern in eine so außerordentlich bevorzugte Sonderstellung zu bringen.

Uebrigens kann Litten in die eigentümliche Lage kommen, zwei Fälle, die für die Wertung nach dem Rechtsgefühl ganz gleich liegen, verschieden entscheiden zu müssen. Wenn jemand einem anderen einen ganz leichten Schlag versetzt, von dem aber dessen abnorm dünne Hirnschale zerbricht, so muß Litten den Täter, der nicht den Tod, wohl aber eine gelinde Körperverletzung als Folge seines Tuns voraussehen konnte, bald für den durch den Tod entstehenden Schaden haften lassen, bald nicht: ersteres, wenn der Tod nicht sofort eintrat, sondern erst in einigen Tagen, während bis zum Tode schon ein Schade durch die Körperverletzung entstanden ist. Dann ist der Tod nicht mehr „Anfangserfolg", sondern „Enderfolg", der ja nicht mehr verschuldet zu sein braucht. Wenn dagegen alsbald der Tod eintrat, so haftet der Verwundende, der ja diesen Anfangserfolg nicht verschuldet hat, nicht[85])!

85) Hieran schließt sich die interessante Frage, ob es überhaupt gerechtfertigt ist, das Verschulden nur hinsichtlich des Anfangserfolgs und nicht auch hinsichtlich der weiteren Schadensfolgen zu fordern. Man könnte geneigt sein, diese Frage gegen die widerspruchslos herrschende Meinung zu verneinen. Muß man sie verneinen, so würde dies, da § 823 trotz seines nicht ganz bestimmten Wortlauts wohl im Sinne der herrschenden Meinung zu verstehen ist, für die Auslegung bedeuten, daß der Kausalitätsbegriff möglichst dem Verschuldungsbegriff (unter Wahrung einer Grenze zwischen beiden) anzunähern ist. Da dies ja in der Tat nach meiner Auffassung allgemein zu geschehen hat, ist für mich die Frage nicht sehr praktisch. — Es muß aber andererseits betont werden, daß das Rechtsgefühl sich nicht zwingend dafür ausspricht, das Verschulden auch auf die weiteren Schadensfolgen zu beziehen. Täte es das, so müßte es auch die oft unerwartet scharfe Haftung desjenigen unangemessen finden, der z. B. statt einer gewöhnlichen eine sehr wertvolle Scheibe zertrümmert, oder der statt eines

Erscheint nach allem die Abgabe des Kausalurteils vom Standpunkte ex post als unrichtig, so muß von den drei möglichen Standpunkten ex ante der des Richters vorgezogen werden. Die v. Kriessche Beurteilung vom Standpunkte des Täters kann für das Zivilrecht als abgetan gelten.

Litten[86]) lehnt die Abgabe des Kausalurteils vom Standpunkte des Richters mit folgender Begründung ab:

„Höchstens eine quantitative Verbesserung würde es auch bedeuten, wenn man die Berechenbarkeit an einem Durchschnittsmaßstabe durch die an dem des mit höchster Einsicht und Umsicht begabten Menschen ersetzen würde. Einmal müßte auch hier schon auf die Typik des Geschehens verzichtet werden, und zum zweiten kann auch der „Idealmensch", wenn er auf Grund der ex ante von ihm überschauten Bedingungen urteilt, in casu sehr wohl hinter dem Täter an Berechnungsfähigkeit auf Grund dessen ontologischer Kenntnisse zurückbleiben".

Daß man bei Uebertragung des Kausalurteils auf den Richter auf die „Typik des Geschehens" verzichten müsse, ist wohl nicht richtig. Der zweite Einwand ist zwar richtig, besagt aber nichts.

Weiter heißt es dann bei Litten: „Auch das Abstellen auf das bei höchster Einsicht und Umsicht lediglich ex ante Erkennbare bedeutet daher die Statuierung einer an einem Idealmaßstabe zu messenden Fahrlässigkeit im Sinne Liepmanns, einer culpa levissima ... Dazu kommt, daß, wie in der Rechtswissenschaft einhellig anerkannt sein dürfte, die culpa levissima, der diligentissimus pater familias rc. keine irgend-

---

Ackergauls ein Pferd aus einem kostbaren Vierergespann verletzt hat; denn diese Fälle liegen ganz ähnlich. Diese Haftung für einen ungewöhnlich hohen Schaden erscheint aber ganz natürlich.

86) S. 55, 56.

wie praktikablen Maßstäbe bieten, sondern daß die Rechtsanwendung in solchen Fällen lediglich mit dem Normalmaße operieren kann" [87].

Ist das wahr, daß der auf den Richter als Beurteiler orientierte Kausalbegriff nicht nur dem Fahrlässigkeitsbegriff nahegerückt wird, sondern in ihn hinein geraten ist? Wenn das wahr wäre, käme dieser Kausalbegriff allerdings in Kollision mit dem positiven Gesetze, z. B. mit § 833, nach dem es doch offenbar nicht auf die Fahrlässigkeit des Tierhalters ankommen soll, und wäre unbrauchbar.

Aber wenn die Grenze zwischen dem, was der Durchschnittsmensch ex ante erkennen kann, und dem, was dem Richter erkennbar ist, auch eine flüssige ist, so existiert sie immerhin.

Was den Richter vor dem Durchschnittstäter auszeichnet, ist zweierlei: einmal, daß er unzählig häufig rechtliche Kausalentscheidungen abgegeben hat. Man denke etwa an die Mitglieder des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts, dessen Hauptarbeitsfeld das Deliktsrecht ist; haben sie etwa keine größere Erfahrung in der Behandlung der Kausalentscheidungen als irgend ein Hinz oder Kunz? Sodann aber und vor allem, daß der Richter durch die Heranziehung von Sachverständigen jeden Augenblick sein Wissen über das Durchschnittswissen zu erheben im stande ist.

Das Oberlandesgericht Oldenburg hat kürzlich einen Selterswasserfabrikanten zu Schadensersatz verurteilt. Der Beklagte hatte einen Kunden, der eine Flasche Selterswasser verlangte, aufgefordert, sich selbst eine aus dem Fabrikraum zu holen. Als der Kunde sich eine Flasche von dem Tische im Fabrikraum holen wollte, auf dem viele eben gefüllte Flaschen standen,

87) Vergl. auch das S. 346 wiedergegebene Zitat aus Littens Arbeit.

explodierte eine davon, nicht die vom Kunden berührte, und die Splitter der Flasche verletzten den Kunden am Auge.

Der Laie wird vielleicht geneigt sein, hier Kulpa des Fabrikanten und auch den (adäquaten) Kausalzusammenhang zu verneinen.

Ein Sachverständiger aber gab mit eingehender Begründung sein Gutachten dahin ab, daß es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verbiete, solche Fabrikationsräume von Dritten betreten zu lassen, da Explosionen der Flaschen beim Füllen und gleich nach dem Füllen nichts Seltenes seien. (Es seien daher auch Vorsichtsmaßregeln für die Arbeiter vorgeschrieben, Schutzbrillen, Handschuhe, Manschetten, Lederschürzen 2c.)

Das OLG. hat danach festgestellt, daß dem Beklagten „als Leiter der Fabrik" die mit dem Betreten der Fabrik verbundene Gefahr nicht unbekannt gewesen sein könne und daß er darum und weil er, wie weiter festgestellt werden konnte, kurz vorher von einem ähnlichen Unfall gehört habe, fahrlässig gehandelt habe.

Die Fahrlässigkeit wäre dagegen meines Erachtens zu verneinen gewesen, wenn der Beklagte ein Wirt gewesen wäre, der, ohne vom Betriebe der Selterswasserfabrikation etwas zu wissen, nebenher durch einen sachverständigen Gehilfen Selters fabrizieren ließe. Der Durchschnittswirt weiß von den Gefahren der Selterswasserfabrikation nichts. Trotzdem wäre auch im letzteren Falle vom Standpunkte des vom Sachverständigen unterstützten Richters aus der Kausalzusammenhang zu bejahen gewesen.

Also: Die Grenze zwischen dem vom Durchschnittstäter und dem vom Richter Berechenbaren mag fein sein. In den allermeisten Fällen macht es keinen Unterschied, auf welchen Standpunkt man sich stellt. Aber daß die Kausalbetrachtung

vom Standpunkt des Richters aus immer und notwendig in die Verschuldensfrage hinüberführe, ist nicht richtig [88]).

Die ganze Theorie der adäquaten Verursachung, insbesondere die hier gerade behandelte Abstellung des Kausalurteils auf den Idealmenschen, den Richter, hat von Kohler [89]) eine temperamentvolle Kritik erfahren. In dieser letzteren besonderen Beziehung sei der Theorie vor allem entgegenzuhalten, „daß sie die strafrechtliche Verantwortung von Umständen abhängig macht, die in keiner Weise mit der Gerechtigkeit etwas zu tun haben; denn es ist sicher bedeutungslos, ob die Weisheit der Mitmenschen einen größeren oder geringeren Einblick in die Weltereignisse hat. . . . Was kümmert sich die ethische strafrechtfertigende Natur einer Tat um die wissenschaftliche Bildung der Mitmenschen, um den einer Zahl weiser Mitmenschen innewohnenden Grad von Kenntnis der Naturerscheinungen" [90])?

Darauf ist zu erwidern: Daß gerade diese Fassung der Theorie der adäquaten Verursachung, die auf das Wissen des Richters abstellt, dies täte, weil solche Art der Abgabe des Kausalurteils der Gerechtigkeit und der straf- und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit besonders entspreche, ist meines Wissens von niemandem behauptet worden. Es handelt sich ja lediglich darum, für die Kausalentscheidungen eine Formel zu finden, die

88) Für den besonderen Fall des § 833 springt der von Litten abgeschossene Pfeil auf den Schützen zurück. Es kommt nach Litten ja bei der Haftung aus § 833 darauf an, ob der Tierschaden, abgesehen davon, daß er die Realisierung einer spezifischen Tiergefahr sein muß, „auf Grund des allgemein (normalerweise) Voraussehbaren durch den Betrieb begünstigt" worden ist (S. 76). Es kommt also auf die Voraussehbarkeit vom Standpunkte des Durchschnittstierhalters an. Mündet das nicht direkt in die Fahrlässigkeit ein? — Man wird also auch beim § 833 auf die Voraussehbarkeit vom Standpunkt des Richters abstellen müssen.

89) Vergl. oben Note 28.

90) S. 332, 333.

zu unserem Rechtsgefühl entsprechenden Ergebnissen führt. Dies leistet die Formel, die mit der Erkennbarkeit vom Standpunkt des Richters arbeitet, besser als die anderen möglichen Formeln[91]).

Weitere, nicht schon von anderen erhobene Einwände enthält die Kritik Kohlers nicht.

Die vorstehenden Ausführungen haben ein erfreuliches Bild vom Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung geben können.

Aber auch von den näher besprochenen Arbeiten abgesehen, mehren sich die Stimmen, die, mehr gelegentlich, sich zur Lehre von der adäquaten Verursachung bekennen.

Die Schrift van Calkers wurde schon oben[92]) erwähnt.

Auch Burlage[93]) spricht hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhanges von den „von der Lehre des bürgerlichen Rechts anerkannten Grundsätzen (adäquate Verursachung)". Schließlich sei noch die etwas ältere Schrift Rohlands[94]) erwähnt.

Rohland geht nicht auf v. Kries zurück, erkennt aber an, daß seiner Theorie und der Theorie der adäquaten Ver-

91) Kohler spinnt diesen Faden seiner Kritik noch weiter aus; S. 384 heißt es: „Man müßte also je nach der Größe der allgemeinen oder besonderen menschlichen Einsicht, d. h. wohl nach der Größe der Einsicht des betreffenden Volkes, den Täter bald leichter, bald schlimmer behandeln, ihn bald ins Zuchthaus, bald ins Gefängnis sperren. Und weh, wenn einmal ein Mensch entsteht, der als Weisester des Volkes Swedenborgianisch in die Zukunft schaut! Und ferner: bei unseren Kamerunvölkern müßte man doch wohl die Einsicht eines ungeheuer verständigen Bantus, bei den Papuas die papuanische Intelligenzkraft zu Grunde legen" u. s. w.; spaßhafte Bemerkungen, die vielleicht die Lacher auf des Kritikers Seite ziehen, aber die Theorie der adäquaten Verursachung nicht tot machen.

92) Oben S. 344.

93) Die Entschädigung der unschuldig Verhafteten und unschuldig Bestraften, 1905, 52, Nr. 6.

94) Die Kausallehre des Strafrechts, 1903.

vom Standpunkt des Richters aus immer und notwendig in die Verschuldensfrage hinüberführe, ist nicht richtig[88]).

Die ganze Theorie der adäquaten Verursachung, insbesondere die hier gerade behandelte Abstellung des Kausalurteils auf den Idealmenschen, den Richter, hat von Kohler[89]) eine temperamentvolle Kritik erfahren. In dieser letzteren besonderen Beziehung sei der Theorie vor allem entgegenzuhalten, „daß sie die strafrechtliche Verantwortung von Umständen abhängig macht, die in keiner Weise mit der Gerechtigkeit etwas zu tun haben; denn es ist sicher bedeutungslos, ob die Weisheit der Mitmenschen einen größeren oder geringeren Einblick in die Weltereignisse hat. . . . Was kümmert sich die ethische strafrechtfertigende Natur einer Tat um die wissenschaftliche Bildung der Mitmenschen, um den einer Zahl weiser Mitmenschen innewohnenden Grad von Kenntnis der Naturerscheinungen“ [90]) ?

Darauf ist zu erwidern: Daß gerade diese Fassung der Theorie der adäquaten Verursachung, die auf das Wissen des Richters abstellt, dies täte, weil solche Art der Abgabe des Kausalurteils der Gerechtigkeit und der straf- und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit besonders entspreche, ist meines Wissens von niemandem behauptet worden. Es handelt sich ja lediglich darum, für die Kausalentscheidungen eine Formel zu finden, die

88) Für den besonderen Fall des § 833 springt der von Litten abgeschossene Pfeil auf den Schützen zurück. Es kommt nach Litten ja bei der Haftung aus § 833 darauf an, ob der Tierschaden, abgesehen davon, daß er die Realisierung einer spezifischen Tiergefahr sein muß, „auf Grund des allgemein (normalerweise) Voraussehbaren durch den Betrieb begünstigt“ worden ist (S. 76). Es kommt also auf die Voraussehbarkeit vom Standpunkte des Durchschnittstierhalters an. Mündet das nicht direkt in die Fahrlässigkeit ein? — Man wird also auch beim § 833 auf die Voraussehbarkeit vom Standpunkt des Richters abstellen müssen.

89) Vergl. oben Note 28.

90) S. 332, 333.

zu unserem Rechtsgefühl entsprechenden Ergebnissen führt. Dies leistet die Formel, die mit der Erkennbarkeit vom Standpunkt des Richters arbeitet, besser als die anderen möglichen Formeln [91]).

Weitere, nicht schon von anderen erhobene Einwände enthält die Kritik Kohlers nicht.

Die vorstehenden Ausführungen haben ein erfreuliches Bild vom Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung geben können.

Aber auch von den näher besprochenen Arbeiten abgesehen, mehren sich die Stimmen, die, mehr gelegentlich, sich zur Lehre von der adäquaten Verursachung bekennen.

Die Schrift van Calkers wurde schon oben [92]) erwähnt.

Auch Burlage [93]) spricht hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhanges von den „von der Lehre des bürgerlichen Rechts anerkannten Grundsätzen (adäquate Verursachung)". Schließlich sei noch die etwas ältere Schrift Rohlands [94]) erwähnt.

Rohland geht nicht auf v. Kries zurück, erkennt aber an, daß seiner Theorie und der Theorie der adäquaten Ver-

---

91) Kohler spinnt diesen Faden seiner Kritik noch weiter aus; S. 384 heißt es: „Man müßte also je nach der Größe der allgemeinen oder besonderen menschlichen Einsicht, d. h. wohl nach der Größe der Einsicht des betreffenden Volkes, den Täter bald leichter, bald schlimmer behandeln, ihn bald ins Zuchthaus, bald ins Gefängnis sperren. Und weh, wenn einmal ein Mensch entsteht, der als Weisester des Volkes Swedenborgianisch in die Zukunft schaut! Und ferner: bei unseren Kamerunvölkern müßte man doch wohl die Einsicht eines ungeheuer verständigen Bantus, bei den Papuas die papuanische Intelligenzkraft zu Grunde legen" u. s. w.; spaßhafte Bemerkungen, die vielleicht die Lacher auf des Kritikers Seite ziehen, aber die Theorie der adäquaten Verursachung nicht tot machen.

92) Oben S. 344.

93) Die Entschädigung der unschuldig Verhafteten und unschuldig Bestraften, 1905, 52, Nr. 6.

94) Die Kausallehre des Strafrechts, 1903.

ursachung dieselbe Auffassung zu Grunde liege. Gerade seine Arbeit, die auf anderen Wegen fast zum selben Ziele führt, spricht mit für die Richtigkeit der Richtung, in der die Theorie der adäquaten Verursachung die Einschränkung des Ursachenbegriffs der Bedingungstheorie sucht[95]).

Anhang[96]).

„Der Beklagte fuhr im Juni 1901 mit seinem Einspänner nach Fl. Unterwegs nahm er den Sp., den Ehemann bezw. Vater der Kläger, auf dessen Bitten auf. Nachdem sie eine Strecke gefahren waren, überholte sie der betrunkene Knecht K. mit seinem Fuhrwerk im schnellsten Tempo; als dieser mit dem Gefährte des Beklagten in gleicher Höhe war, fiel von seinem Wagen ein Koffer herab, der unbefestigt darauf gestanden hatte. Das Pferd des Beklagten ging darauf durch und schleuderte das Gefährt an einen Baum, nachdem es eine kurze Zeit auf der Landstraße dahingerast war. Infolgedessen stürzten die Insassen heraus, wobei Sp. einen Schädelbruch erlitt, dem er noch an demselben Tage erlag. Die Kläger forderten gemäß § 844 BGB. Schadensersatz. Die vorderen

95) Rohland hat folgenden Ursachenbegriff, S. 46, 47: „Eine Handlung ist nur dann Ursache eines Erfolges, wenn sie Bedingungen von so großer Kraft enthält, daß sie unter den gegebenen oder zu erwartenden Umständen erfahrungsmäßig den Erfolg herbeizuführen vermag." — Näher ist hier auf die Arbeit Rohlands nicht eingegangen worden, weil hier alles Gewicht auf die die Praktikabilität der Theorie sichernden Einzelfragen (Verallgemeinerung des Bedingungskomplexes ꝛc.) gelegt ist. Auf Fragen der Praktikabilität geht aber Rohland gar nicht ein.

96) Es sei gestattet, daß die folgende Erörterung im Schlepptau dem vorhergegangenen Aufsatze angehängt werde, trotzdem sie inhaltlich nur ganz lose mit dem Vorhergehenden zusammenhängt; vergl. oben Note 80; sie will nur anregen, keine fertigen Ergebnisse bieten und ist zu wenig ausgearbeitet, um unter eigener Flagge, etwa mit dem anspruchsvollen Titel „Gesetz und Richter", aussegeln zu können.

Instanzen erklärten den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die Revision ist zurückgewiesen worden."

So beginnt die meistbesprochene und meistkritisierte Entscheidung des (VI. Senats des) Reichsgerichts vom 26. Febr. 1903 im 54. Bande, S. 73, zum § 833 BGB.

Auf die Gründe des reichsgerichtlichen Urteils soll hier, obgleich sie zu Betrachtungen an sich genügenden Anlaß bieten[96a]), nicht näher eingegangen werden. Denn alle Welt ist, wie es scheint, darüber einig, daß, wenn nichts als § 833 BGB. hier zu entscheiden hat, sich die Entscheidung des Reichsgerichts nicht vermeiden läßt, trotzdem die unbestritten herrschende Meinung dies für ein dem Rechtsgefühl stark widerstrebendes Ergebnis ansieht.

Von dieser Ueberzeugung, die sich ja nicht beweisen läßt, daß die Entscheidung unser Rechtsgefühl empfindlich verletzt, soll auch hier ausgegangen werden.

Einige[97]) bescheiden sich kopfschüttelnd bei diesem Ergebnis, andere rufen alle Künste der Auslegung herbei, um anders entscheiden zu können.

Ungekünstelt und unbedenklich scheint mir keiner dieser Auslegungsversuche zu sein.

Litten[98]) will den Kutscher nur nach den Regeln des Transportvertrages, d. h. also nicht haften lassen, wenn ihn

---

96a) a) Das RG. arbeitet darin noch mit dem von der Wissenschaft längst als unbrauchbar beiseite gelegten Begriff der causa officiens entgegen anderen älteren und jüngeren Entscheidungen desselben Senats; z. B. RG. 50, 222 und JW. 1903, Beilage S. 92 Nr. 213. — b) Es ist unrichtig, wenn das Urteil bemerkt, daß die darin entwickelten Grundsätze auch für das gemeine und französische Recht Geltung hätten. Zwischen der Tierhaftung nach gemeinem und nach französischem Rechte besteht ein erheblicher Unterschied, und das BGB hat sich bewußt vom gemeinem Recht abgekehrt und sich im wesentlichen dem Art. 1385 C. c. angeschlossen.

97) Oertmann, DJZ. 1904, 141; Sieber, DJZ. 1905, 138.

98) DJZ. 1905, 341.

kein Verschulden an der Verletzung des Fahrtgenossen trifft. Die Richtigkeit dieser auch in der Pandektendoktrin vertretenen Meinung über das Verhältnis der vertraglichen zur aquilischen Haftung sei auch für das BGB. nicht erschüttert worden. Aber hier Aeußerungen gemeinrechtlicher Schriftsteller ins Feld zu führen ist doch äußerst bedenklich, da zwischen dem § 833 BGB. und der lex Aquilia keine Verwandtschaft, ja nicht einmal ein historischer Zusammenhang besteht. Hat Litten aber etwa mit dieser kurzen Bemerkung allgemein den Satz verteidigen wollen, daß § 833 unter Vertragsgegnern als lex generalis überhaupt nicht zur Anwendung kommen könne, so ist das, mag man sonst über das Verhältnis konkurrierender Ansprüche denken, wie man will, doch schon darum verfehlt, weil die Haftungsnormen des Transportvertrages und anderer Verträge keineswegs unter § 833 als ihre von ihnen ausgeschlossene lex generalis fallen.

Mit dem Abschluß eines Vertrages zwischen Kutscher und Verletztem arbeitet auch Danz[99]). Aber nicht mit einem Transportvertrage, sondern mit einem Vertrage auf Ausschluß der Haftung des Kutschers. Nach den jener Reichsgerichtsentscheidung zu Grunde liegenden konkreten Umständen sei offenbar eine einfache Gefälligkeit des täglichen Lebens verlangt, durch deren Zusage sich der Zusagende gar nicht rechtlich verpflichten wolle. Der Fall liege ähnlich wie beim römischen precarium: der Kutscher behalte trotz der Zusage die Freiheit, den Aufgenommenen jeder Zeit wieder abzusetzen. Habe er sich also nicht einmal zur Ausführung der versprochenen Handlung verpflichtet, so ergebe sich ohne weiteres, daß erst recht keine Schadensersatzverbindlichkeit des Kutschers entstanden sein könne. Die verkehrsmäßige Auslegung der Sachlage und der, wenn

99) DJZ. 1905, 383 f.

auch nicht mit Worten, abgegebenen Willenserklärungen führe zu dem Ergebnis, daß der Fahrgast auf einen Schadensersatzanspruch verzichtet habe oder daß jedenfalls die Entstehung einer Schadensersatzverbindlichkeit rechtsgeschäftlich ausgeschlossen sei.

Mit Danz möchte anzunehmen sein, daß in einem Falle, wie dem besprochenen, man ohne Künstlichkeit den Abschluß eines Transportvertrages mangels eines Verpflichtungswillens beim Kutscher verneinen muß. Aber gegen die Annahme eines rechtsgeschäftlichen Ausschlusses der Schadensersatzpflicht sprechen andere Bedenken: der Laie, auf dessen Urteil in Auslegungsfragen Danz mit Recht viel gibt, würde zwar mit dem Danzschen Ergebnis der Abweisung der gegen den Kutscher gerichteten Schadensersatzklage einverstanden sein; er würde aber, wenn man ihn früge, warum ihm diese Entscheidung gerecht erschiene, nicht erwidern: weil nach den Umständen der Kutscher den Ausschluß der Haftung zugesichert erhalten hat, sondern: weil er nichts gewollt und getan hat, als seinem Nächsten behilflich zu sein. Der Sieg des Kutschers im Prozesse ist für das natürliche Gefühl ein Lohn für seine Hilfsbereitschaft, keine Folge eines rechtsgeschäftlichen Haftungsausschlusses.

Dieselben Bedenken sprechen in noch verstärktem Maße gegen die Versuche Franckes[100]) und Traegers[101]), die, der erstere „stillschweigend durch einen (Transport-) Vertrag", der letztere durch „stillschweigenden Verzicht", beide unter Bezugnahme auf den Grundsatz von Treu und Glauben, die Haftung des Kutschers als ausgeschlossen ansehen.

Sie nehmen offen ihre Zuflucht zur Fiktion eines zusammenstimmenden Willens der Parteien, die Haftung des

100) ArchCivPrax. 96, 161.
101) Kausalbegriffe 319, Anm. 1.

Kutschers auszuschließen, während Danz diese Fiktion vermeidet, indem er aus den Umständen den Abschluß eines Rechtsgeschäfts abzieht.

Es kann nicht schaden, diese einzelne Frage der Auslegung einmal unter einem ganz allgemeinen Gesichtspunkte zu betrachten. Wir müssen einen Umweg machen.

Die Zahl der Rechtsschulen, die seit der Aufnahme des römischen Rechts einander gefolgt sind, und von denen die nächstfolgende in grundsätzlichem Gegensatze zu der Vorgängerin zu stehen pflegte, scheint mit der historischen Rechtsschule zunächst geschlossen. Darf man daraus schließen, daß es seit der Blüte und dem Niedergange der historischen Schule in unserer Wissenschaft keine grundsätzlichen Umwandlungen mehr gegeben hat? — Gewiß nicht.

Die Jurisprudenz von heute hat ein ganz anderes Gesicht als die Jurisprudenz vor fünfzig Jahren und früher. Sie hat manches Alte verloren und manches Neue erworben. Oder ist das starke Abflauen des Interesses an einem einst so blühenden Zweige der Rechtswissenschaft, wie es die Rechtsphilosophie war, kein Verlust?

Ist insbesondere nicht, von dem einen Jhering, der aber eben auch keine Schule gemacht hat, und ferner von einigen Erscheinungen der allerletzten Jahre abgesehen[102]), gerade der Mangel des Interesses für die Beziehungen des Rechts zur Ethik ein Kennzeichen unserer Wissenschaft in den letzten fünfzig Jahren gewesen?

Wie hat man sich früher um den Grund des Besitzschutzes geplagt! Es wäre sehr billig, über diese Bemühungen jetzt den Kopf zu schütteln und sich beispielsweise über den Er-

102) Denen nur G. Rümelins schöne Prorektoratsrede über die Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht, Freiburg 1891, vorangegangen ist.

klärungsversuch der Willenstheorie zu wundern, wonach der im Besitz realisierte Wille der allgemeinen Natur des Willens zufolge geschützt werden muß. Gewiß erscheint zunächst die „Lösung des Problems" bei Dernburg[103]) viel einleuchtender: Der Besitz sei die tatsächliche Gesellschaftsordnung. Eine willkürliche Unterbrechung dieses tatsächlichen Verhältnisses könnte eine unersetzliche Störung herbeiführen. Die Unantastbarkeit unserer tatsächlichen Vermögensstellung sei daher eine der Bedingungen des geordneten Zusammenlebens.

Aber wenn man näher zuschaut, kann man sich nicht verhehlen, daß in dieser Dernburgschen Erklärung des Besitzschutzes ein gut Teil Resignation steckt: Der Besitz wird geschützt, weil sonst alles drunter und drüber ginge. Aber ist das noch eine Erklärung, die gleichartig neben den Erklärungsversuch der Willenstheorie gestellt werden kann? Dernburg nimmt sich einen kürzeren und festeren Bohrer, da er sieht, daß die feinere Nadel Windscheids bei dem Versuche, noch tiefer zu dringen, abgebrochen ist. Dernburg beantwortet die Frage nach dem Grund des Besitzschutzes als Politiker, weil auch er als Philosoph keine Antwort darauf weiß.

Nicht viel anders möchte es beim Begriffe der juristischen Person sein. Die selbstverständliche Antwort auf die Frage, was eine Person im Rechtssinne sei, meint Windscheid[104]), scheine zunächst zu sein: ein Mensch. Die Tatsache, daß Rechte vorkommen, welche an einen Menschen als Subjekt nicht angeknüpft sind, müsse dazu führen, auch für diese Rechte ein

103) Pand.[5] 1, § 170 a. E.

104) Pand.[6] § 49. — Es kommt hier nicht darauf an, gerade die Väter der verschiedenen Auffassungen sprechen zu lassen; nur muß, wenn eingewandt werden sollte, daß Windscheid und Dernburg sich zeitlich recht nahe stehen, bemerkt werden, daß Windscheid in der Tat der letzte große Ausläufer jener abgeschlossenen Periode der Rechtswissenschaft ist, während Dernburgs Werk vielmehr praktisch-moderne Züge aufweist.

tragendes Subjekt zu suchen, die künstlich, durch eine Gedankenoperation geschaffene juristische Person.

Dagegen erklärt Dernburg[104a]), die Rechtspersönlichkeit des Staats und anderer Verbände sei keine bloße Fiktion. Es sei unhistorisch, daß ursprünglich der Mensch allein Persönlichkeit gehabt habe. Vielmehr sei die juristische Person urwüchsig und bereits in den Anfangsstadien von Staat und Recht vorhanden. Die Vermögensfähigkeit dieser sozialen Organisationen sei eine gesellschaftliche Notwendigkeit, keine Künstelei.

Woher diese Umwandlung der Auffassung des Begriffs der juristischen Person? Das reale Verhältnis des Menschen zu diesen Verbänden hat sich doch, woran man zunächst denken könnte, nicht wesentlich in jener Zeit geändert. Etwa weil Brinz die Mängel der Fiktionstheorie entdeckt hat und weil Gierke uns von der Wesenhaftigkeit deutscher Körperschaften überzeugt hat? Oder müssen sich diese frühesten Gegner der Fiktionstheorie mit dem bescheideneren Verdienste begnügen, als die ersten Witterung davon bekommen zu haben, daß das Leben ein anderes geworden ist seit der Zeit, in der die Fiktionstheorie herrschte?

Der Mensch selbst ist kleiner geworden, als es den Menschen in der Zeit unserer Väter und Großväter vorkam.

„Und dann", so heißt es in einem Briefe Schillers an Lotte, „. . . glaube ich, daß jede ihre Kraft entwickelnde Menschenseele mehr ist als die größte Menschengesellschaft, wenn ich diese als ganzes betrachte. Der größte Staat ist Menschenwerk, der Mensch ist ein Werk der unerreichbaren Natur. Der Staat ist ein Geschöpf des Zufalls, aber der Mensch ist ein notwendiges Wesen, und durch was sonst ist ein Staat groß und ehrwürdig, als durch die Kräfte seiner Individuen? Der Staat ist nur eine Wirkung der Menschenkraft, nur ein Ge-

104a) Pand. I § 59.

dankenwerk, aber der Mensch ist die Quelle der Kraft selbst und der Schöpfer des Gedankens."

Seitdem ist der Staat gewachsen, der Mensch aber hat von Darwin seinen Platz im Tierreich angewiesen erhalten und ist klein geworden. „Der tiefe Zug zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurch geht", auf den Windscheid a. a. O. die Ablehnung der Brinzschen Theorie des Zweckvermögens gründet, wird nicht mehr so zwingend empfunden. Die gute Zensur, die die Fiktionstheorie dem Staate und den anderen Korporationen ausstellte, wenn sie zu ihnen sagte: Beinahe ein Mensch —, kommt dem modernen Juristen etwas anmaßend vor. Er bricht mit jener Theorie.

Was hier bei der Umformung zweier einzelner Begriffe, aber nicht nur hier, sondern in unserer ganzen Wissenschaft am Werke ist, könnte man vielleicht in folgende Worte fassen: „Was soll das viele Nachfragen nach dem Grunde? Es kommt auf unfruchtbares Gedankenwälzen, nicht selten auf eine Ueberschätzung des denkenden und wollenden Menschen hinaus. Schau vor dich auf deinem Wege, sieh die Dinge wie sie sind, und tu dein Stück realer Gegenwartsarbeit."

Daß solche Stimmungen in der jetzigen Welt und Wissenschaft vielfach vorhanden sind und die Absteckung des Arbeitsfeldes beeinflussen, scheint mir gewiß. Das Beste, was man tun kann, wird sein, das Gute, das dieser Umschwung in den Stimmungen und Anschauungen mit sich gebracht hat, zu betonen und zu stärken.

Dies Gute besteht für den modernen Juristen in einer Stärkung des Tatsachensinnes, des kühlen Bestrebens, die Dinge anzusehen, wie sie sind. Der Fiktion, zumal, wenn ich so sagen darf, der Willensfiktion, begegnet man, insbesondere seit den Arbeiten O. Bülows, allgemein mit starkem Mißtrauen — bisweilen vielleicht in Unterschätzung ihrer die Geschlossenheit des Systems begünstigenden Vorzüge. Altbewährte Begriffe

halten, da sie gewisse Ausnahmen von der Regel nicht mitumfassen, erneuter Prüfung nicht mehr stand. Aus dem Begriff des Besitzes wird der Besitzwille als Begriffsmerkmal entfernt, da es ausnahmsweise Fälle von Besitz ohne Besitzwillen gibt[105]. Schon regt sich der Wunsch, das Gebiet der gesetzlichen Definitionen, des rein Lehrhaften und daher nicht Verbindlichen im Gesetz zu erweitern und dadurch der Forschung freiere Hand in der Darstellung und Formung des Rechts zu geben[106]. Man glaubt nicht mehr, wenigstens in der Rechtslehre, an einen „Willen des Gesetzgebers" und zieht vor, sich an den objektiven Sinn des Gesetzes zu halten.

Aber die Entwickelung geht weiter.

Die Anzeichen mehren sich, daß wir dabei sind, das, was an der Abkehr der neueren Jurisprudenz von der historischen Schule nur Resignation ist, zu überwinden und zum Genusse der neuen positiven Kräfte zu kommen, die jener Umschwung auszulösen beginnt. Die soeben erwähnten Leistungen der neuen Jurisprudenz sind noch rein kritisch. Aber sie scheinen langsam den Boden zu bereiten für positive Neuarbeit: Sie tragen dazu bei, die Stellung des Juristen zum objektiven Recht zu verändern und zu heben. An die Erkenntnis, daß es mit der herrschenden zentralen Stellung des Menschen nicht so weit her ist, wie die ältere Menschheit und Jurisprudenz dachte, und daß längst nicht überall der menschliche Wille die Quelle aller Kraft, alles Werdens ist,

105) Etwas ausführlicher hierzu meine Teilnahme 20 f.

106) Vergl. die Schlußworte in E. J. Bekkers geistvollem Aufsatze „Sprachliches und Sachliches zum BGB.", JheringsJ. 49, S. 1 f., 58: „Als Lehrer des gemeinen Rechts hatten wir uns gewöhnt, bei den rezipierten römischen Quellen einen Unterschied anzunehmen und nur die in ihnen enthaltenen Rechtsgebote, nicht aber die bezeugten Meinungen der Juristen, der römischen Doktrin, als für uns verbindlich zu betrachten. Aehnlich wird man wohl auch bald bei dem BGB. Gebote, die unantastbar sind, und doktrinelle Auslassungen, die wir unbeachtet lassen dürfen, einander gegenüberstellen."

wie man es früher annahm, schloß sich der kritische Gedanke: Also wird es mit dem Willen des Gesetzgebers wohl nicht besser bestellt sein. Und indem aus diesem Gedanken eine Ueberzeugung wird, muß sich hieran der Gedanke und die Ueberzeugung anschließen, daß der Richter und jeder Rechtsanwendende, weil ja der Gesetzgeber keineswegs alle Fälle vorbedacht und gewollt hat, keineswegs die untergeordnete Bedeutung hat, wie die hierin bescheidenere frühere Epoche es annahm.

Aber in Theorie und Praxis regt sich noch manches andere, was die Selbständigkeit des Richters gegenüber dem Gesetz zu heben geeignet ist.

Von theoretischen Arbeiten sind Zitelmanns „Lücken im Recht" [107]) hier vor allem zu nennen. Der wichtigste Fund, den Zitelmann in dieser Schrift uns mitteilt, ein Fund, der an Wichtigkeit dadurch nicht einbüßt, daß er gleichsam am Wege gemacht zu sein scheint, scheint mir die Erkenntnis zu sein, daß die Ausfüllung einer „Lücke" durch den Richter in Wahrheit darin besteht, daß der Richter einen Rechtsfall einem ihm vom Rechte dargebotenen allgemeinen Rechtssatz entzieht, daß er von der Rechtsregel, meistens in Anlehnung an schon vorhandene Ausnahmen, eine Ausnahme schafft. Zitelmann sagt allerdings nicht „schafft", er sagt [108]) vorsichtiger: „Lückenausfüllung bedeutet, daß der Richter jene allgemeine Regel für diese besonderen Tatbestände durchbricht und für sie einen neuen Rechtssatz, meist in Weiterbildung anderer schon vorhandener Sondersätze [109]), findet."

Zitelmann befördert tatsächlich diese, wenn ich es einmal so nennen darf, Emanzipation des Richters gegenüber dem Gesetze, wenngleich er diesen Erfolg nicht beabsichtigt. Er selbst legt, wie seine weiteren Ausführungen ergeben, Gewicht darauf, daß

107) Bonner Rektoratsrede, 1903.
108) S. 24.
109) Nicht immer Sondersätze; es kommt auch analoge Ausdehnung

man nur von Rechtsfindung, nicht von Rechtsschöpfung durch den Richter reden dürfe. Der Richter gebe auch bei Verwendung der Analogie seine Entscheidung mit dem Anspruche, daß sie vorhandenem Rechte entspreche, dem Recht, das er durch seine Gedankenoperationen als bereits vorhandenes, wenn auch vielleicht unbekanntes Recht erkannt habe.

Aber ist dies ein sachlicher Unterschied, nicht nur ein Unterschied der Tonart, des Temperaments?

Zitelmann fährt freilich fort, es sei ja nicht der Richter allein, der zur Entscheidung berufen sei: Jeder einzelne könne in die Lage kommen, sich eine juristische Antwort suchen zu müssen, und werde dann ebenfalls zur Analogie zu greifen haben. Daraus[110]) gehe hervor: es müsse einen allgemeinen Rechtssatz geben, der die durch jene Gedankenoperation gewonnenen Rechtssätze für Recht erkläre, einen Rechtssatz also des Inhalts: Recht ist das, was hier im Gesetz steht, mit gewissen Aenderungen (Ausdehnungen und Einschränkungen), die sich durch Analogie 2c. ergeben.

Ob man die eine oder die andere Anschauung für richtig hält, scheint mir, wie gesagt, Sache des Temperaments zu sein. Aber wenn man es für billig hält, daß jede Arbeit ihres Lohnes wert sei, so dürfte man getrost von einer Rechtsschöpfung durch die Praxis reden. Der gewissenhafte Richter wird, wie Zitelmann bemerkt, sich nur schwer entschließen, eine Lücke anzunehmen und Bestehendes niederzureißen, um zu Neuem zu schreiten. Aber wenn er die Verantwortung auf sich nimmt, soll er dann nicht das frohe Gefühl haben dürfen, Neues geschaffen zu haben?

Aber darf man denn von Rechtsschöpfung durch die Praxis reden? Jede folgende Entscheidung kann ja die in der

eines Satzes auf Kosten eines koordinierten Satzes, der seinem Wortlaut nach den fraglichen konkreten Fall mitdeckt, vor; SeuffA. 56, Nr. 170.

110) Ist das zwingend?

früheren für richtig erachtete Analogiebildung für unstatthaft ansehen. Das Recht, das die Praxis schafft, verpflichtet also nicht formal, sondern nur so weit, als es genügende innere Gründe für sich hat, um den späteren Rechtsanwendenden auf seine Seite zu ziehen. Es ist ein minder kräftiges Recht, dem Ediktsrecht des Prätor vergleichbar.

Aber gerade diese Eigenschaft des von der Praxis geschaffenen Rechts will immer noch besser zu der hier verteidigten Ansicht der Rechtsschöpfung als zu der Ansicht Zitelmanns passen: denn wenn der Analogie bildende Richter nur objektives Recht gefunden hat, wie erklärt sich denn diese geringe, den nächsten Richter schon nicht mehr bindende Verpflichtungskraft dieses objektiven Rechts?

Diese freiere Stellung zum Gesetz hat der Richter nicht nur bei der Analogiebildung, sondern auch bei der ausdehnenden Auslegung. Daß eine Grenze zwischen beiden nicht besteht, ist schon mehrfach behauptet, aber noch häufiger widerstritten worden.

Was, soviel ich sehe, noch nicht bemerkt worden ist, ist, daß alle, die von dem „Willen des Gesetzgebers" nichts halten, folgeweise auch den Unterschied zwischen Analogie und ausdehnender Auslegung leugnen müssen.

„Die ausdehnende Auslegung", so faßt Regelsberger[111]) klar den Gegensatz, „geht davon aus, daß der Schöpfer des Rechtssatzes den umfassenderen Inhalt gewollt und sich nur im Ausdruck vergriffen hat; die Analogie dagegen, daß er sich der größeren Tragweite seiner Anordnung nicht bewußt war und sie folglich nicht wollen konnte. Jene schreitet nur über den Buchstaben, diese über den Willen des Gesetzgebers hinaus"[112]).

111) Pand. 1, § 38, IV.

112) Je besser die Meinung ist, die man vom Gesetzgeber und seiner Umsicht hat, um so weiter wird man das Gebiet der ausdehnenden Aus-

Wenn man aber der Meinung ist, daß der Wille des Gesetzgebers überhaupt etwas Unbrauchbares ist, so läßt er sich auch nicht zur Unterscheidung der Analogie von der ausdehnenden Auslegung verwenden [113]).

Tatsächlich wird die Schrift Zitelmanns gewiß direkt oder indirekt dazu beitragen, der Rechtsanwendung mehr Rückgrat zu geben. Schon hat K. Lehmann versucht, den viel behandelten positiven Vertragsverletzungen mit der Lückenausfüllung beizukommen [114]).

Eine andere neuere Arbeit, die im Gegensatz zu der Zitelmanns rein kritisch sein will, dabei aber auch Samenkörner ausstreut, die, wenn sie aufblühen, der Selbständigkeit des Richters neue Nahrung geben können, ist die Abhandlung Wurzels über „das juristische Denken" [115]). Wurzel hält folgendes für den Kardinalfehler der Auslegungslehre [116]):

„Die Sätze, von welchen die Auslegung (und überhaupt die Anwendung) des Rechts geleitet wird, werden nicht als bloße natürliche Regelmäßigkeiten, sondern als Vorschriften (d. i. auch als Rechtsnormen) aufgefaßt."

---

legung auf Kosten der Analogie erweitern. „Soviel", sagt Traeger, Kausalbegriffe 342, „erscheint meines Erachtens demnach gewiß, daß die hier vertretene Ansicht, der Satz: ‚Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung' müsse auch auf Abs. 1 des § 254 bezogen werden, nicht einmal der Rechtfertigung als einer auf dem Wege der Analogie gewonnenen bedarf, sondern daß sie bloß auf ausdehnender Auslegung des Gesetzes selbst beruht, die nur den Gedanken des Gesetzes gegenüber der zu engen äußerlichen Fassung des Gesetzes klarstellt." — Wer nicht soviel Vertrauen zum Willen und zur Umsicht des Gesetzes hat, wird von Analogie reden.

113) Obgleich also meines Erachtens nur ein quantitativer Unterschied besteht, steht nichts im Wege, für die Fälle, in denen der durch den Richter aus einem Gesetzessatz hergeleitete Inhalt von dem Prima facie-Sinn des Gesetzes sich weit entfernt, von Analogie, in anderen Fällen von ausdehnender Auslegung zu sprechen.

114) ArchCivPrax. 96, 60 f.

115) Wien 1904.

116) S. 13.

Wurzel greift dann die üblichen Auslegungsregeln und auch die üblichen Einteilungen der Auslegung mit Erfolg an, (wobei auch er an den Unterschied zwischen Analogie und ausdehnender Auslegung nicht glauben kann).

Auf diesen Teil seiner Arbeit soll hier nicht näher eingegangen werden[117]). Was Wurzel hier sagt, ist nicht eigentlich neu: wohl keins der neueren Lehrbücher arbeitet noch mit derselben detaillierten Einteilung der Auslegung, wie es etwa Savigny und Unger getan haben. Daß diese Einteilungen und die meisten allgemeinen Auslegungsregeln keinen Wert haben, haben jene neueren Schriftsteller dadurch gezeigt, daß sie jene Einteilungen und Regeln einfach nicht wiederholt haben. Wurzel sucht hier nur Schutt wegzuräumen, den andere für ihr Teil schon stillschweigend entfernt haben.

Wichtiger ist hier eine einzelne Erkenntnis Wurzels. Die Regel, sagt er[118]), daß das singuläre Recht nicht zur analogen Anwendung tauge, sei „an sich nicht berechtigt und wenigstens keine Denknotwendigkeit, als welche sie gemeiniglich dargestellt" werde. Das Hauptargument für diese Auffassung findet er in der Tatsache, daß gewisse singuläre Rechtssätze tatsächlich und ohne Widerspruch analog angewendet werden, wie er dies an mehreren Beispielen aus dem österreichischen Recht nachweist.

Auch hier bietet Wurzel nichts völlig Neues. Daß der vielgelehrte Satz, daß das Sonderrecht (jus singulare) analoger Anwendung unzugänglich sei, nur mit erheblichen Einschränkungen richtig ist, hat schon Regelsberger, dessen Aufsatz über das jus singulare für das römische und gemeine Recht wohl das letzte und abschließende Blatt in den vom

117) Ebensowenig auf die ganz selbständigen Aufstellungen Wurzels auf S. 60 f.

118) S. 76.

jus singulare handelnden Akten bleiben möchte, in seinen Pandekten[119]) betont.

Daß der Satz, Ausnahmerecht dürfe nicht durch Analogie erweitert werden, weder eine Denknotwendigkeit, noch eine Norm unseres gegenwärtigen Rechts ist, sondern daß er sozusagen nur eine Vermutung für sich hat, ist eine für die Praxis bedeutsame Erkenntnis, bedeutsam schon darum, weil er eine große Menge von Rechtssätzen betrifft, nämlich jede Ausnahme im Verhältnis zu der ihren Tatbestand an sich einschließenden allgemeineren Regel[120]). Trotzdem steckt die vermeintliche Verpflichtungskraft dieses Satzes der modernen Praxis noch tief in den Knochen[121]). Und doch sollte schon der Umstand, daß auch eine Rechtsregel mit einem weiten Rahmen Ausnahme sein kann im Verhältnis zu einer noch umfassenderen, an der Richtigkeit dieses Satzes stutzig machen.

119) I, § 38, Nr. V.

120) Der Gedanke der Relativität alles Ausnahmerechts blitzt schon bei Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts, 1839, 1, 48 auf, ohne klar gefaßt und verwertet zu werden. „Das Ausnahmerecht", sagt K., „hat aber wiederum seine eigene ratio und ist in der ihm unterworfenen Sphäre jus commune; es kann daher in seiner konsequenten Anwendung ebenfalls durch jus singulare unterbrochen werden." Dagegen erkennt Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1851, § 39, klar die Relativität des Gegensatzes des „konsequenten zum inkonsequenten" Recht. „Das in Beziehung auf einen Rechtssatz konsequente Recht kann wieder ein inkonsequentes in Beziehung auf einen anderen Rechssatz sein, und das inkonsequente Recht kann wieder in seiner logischen Konsequenz durch neue Ausnahmen gebrochen werden, also wieder in ein konsequentes und inkonsequentes Recht zerfallen, welches letztere wieder so zerfallen kann und so fort." — Ebenso Pfaff-Hofmann, Kommentar zum österr. allg. BGB. 1, 1877, 301 f.; Zitelmann, Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht, 1902, 26; Stammler, Privilegien und Vorrechte, Haller Rektoratsrede, 1903, 10 f.

121) Einige Belege: OLG. 2, 331 Nr. 142 f. (Hamburg); 6, 153 Nr. 26a (Kammergericht); 7, 465 Nr. 47e (Königsberg); 8, 35 Nr. 5d (Frankfurt); SeuffA. 60 Nr. 3 (Bamberg); RG. 58, 108; vorsichtiger: OLG. 8, 84, Nr. 3k (Köln); RG. 58, 132; JZ. 1903, S. 201 Nr. 35 (RG.); S. 456 Nr. 8 (Colmar).

Aber auch bei Rechtsregeln mit engerem Tatbestande ist die Ausdehnung ihres Tatbestandes im Wege der Analogie für die Rechtsprechung auch unter der Herrschaft des BGB. nichts Ungewöhnliches. So ist der von fraudulösen Schenkungen beim Erbvertrag handelnde § 2287 BGB., offensichtlich eine Ausnahme von § 2286, vom Reichsgericht[122]) auch für anwendbar erklärt im Falle fraudulöser Schenkungen bei korrespektiven Testamenten.

Den § 2325 BGB. kann man eine Ausnahme von dem § 2303 in Verbindung mit § 2311 nennen: Nach den letztgenannten beiden Paragraphen kann der Pflichtteilsberechtigte vom Erben den Pflichtteil verlangen, für dessen Höhe der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls maßgebend ist. § 2325 gibt darüber hinaus dem Pflichtteilsberechtigten unter besonderen Voraussetzungen, beim Vorliegen von Schenkungen des Erblassers an Dritte, noch einen Ergänzungsanspruch gegen den Beschenkten. Das Reichsgericht[123]) hält § 2325 auch für anwendbar auf den Fall, daß der Erblasser nicht eine bestehende Stiftung beschenkt, sondern eine neue Stiftung gegründet hat[124]).

Auch die Arbeit Wurzels ist, wie schon bemerkt, geeignet, zunächst Kritik anzuregen, damit mehr Bewußtsein und schließlich auch mehr Selbstbewußtsein in die Rechtsanwendung hineinzubringen. Mit der erwachenden Kritik werden alle von den Alten ersonnenen Auslegungsregeln, deren oberflächliche

122) RG. 58, 64.

123) JW. 1903, Beilage 73; RG. 54, 399.

124) Dies Beispiel zeigt, daß die lex specialis unter Umständen gerade in dem Tatbestandsstück erweitert werden muß, das die lex specialis von der übergeordneten lex generalis unterscheidet. Das Gegenteil behauptet Stammler, Privilegien und Vorrechte 33. Jedoch hat St. insoweit recht, als die Ausdehnung einer lex specialis durch Erweiterung eines Tatbestandsmomentes, das sie mit der lex generalis teilt, von vornherein unbedenklicher ist.

Anwendung dahin führt, den Richter zur unbewußten Subsumtionsmaschine zu machen, anstatt in ihm immerwährende Aufmerksamkeit und stetiges Verantwortlichkeitsgefühl wach zu halten, sich als nur bedingt richtig oder als ganz unrichtig erweisen. Mit dem wachsenden Verantwortlichkeitsgefühl wird sich der Richter, wenn es sich um die ausdehnende Erweiterung von Ausnahmesätzen handelt, nicht einfach, wie Zitelmann[125]) meint, wenn ihm die Korrektur der allgemeineren Obernorm durch analoge Ausdehnung der Spezialnorm Bedenken erregt, ohne weiteres dabei beruhigen dürfen, daß er seiner Pflicht genügt, wenn er es bei der Anwendung des ungeänderten alten Gesetzes bewenden läßt. Sondern bei jedem auftauchenden Zweifel, ob nicht etwa die Entscheidung eines Rechtsfalls auf Grund des Regelrechts bei bestehender Möglichkeit einer anderen Entscheidung in Anlehnung an bestehendes Ausnahmerecht den Streit zwischen den Parteien in unbilliger Weise erledigen würde, hat er das Für und Wider der analogen Anwendung der Sondernorm pflichtgemäß zu prüfen; eine ebenso verantwortungsreiche, wie schöne, weil selbständige Aufgabe. Die Aufgabe wäre verhältnismäßig einfach, wenn es nur auf eine billige Entscheidung des einzelnen Falles ankäme; sie wird aber gerade dadurch so kompliziert, daß das Verhältnis der Obernorm, um deren eventuelle Durchbrechung zu Gunsten einer zu erweiternden Unternorm es sich handelt, nicht nur zu diesem Einzelfall, sondern möglichst zu allen Fällen, die von der Obernorm gedeckt werden, zu prüfen ist, daß, anders ausgedrückt, eine Korrektur der allgemeineren Norm nur unter Wahrung der Rechtssicherheit gestattet ist.

Es wäre jedoch ungerecht, wollte man das Erwachen der Kritik und des Bewußtseins in der modernen Rechtsanwendung nur auf den geschärften Tatsachensinn zurückführen. Eine andere

125) S. 35.

Quelle liegt uns näher, es ist unser BGB. Ein großer Vorteil jeder Kodifikation, ganz besonders aber eines so vorsichtig redigierten Gesetzbuchs, wie das BGB. es ist, besteht darin, daß die scharf umrissenen gesetzlichen Tatbestände viel eher als die verschwimmenden, weil nicht technisch geformten Tatbestände des Justinianischen und gemeinen Rechts dem Rechtsanwendenden zum Bewußtsein bringen, wo die Grenze des Tatbestandes läuft und wo die bloße Subsumtion versagt. „Was dem Naturforscher das Mikroskop, das leistet uns das Gesetz“[126]).

Geben insofern gerade die engeren und damit meist fester umrissenen Tatbestände des BGB. Gelegenheit, eine ihrer Mittel und ihrer Grenzen bewußte Rechtsanwendung anzubahnen, so befördern manche weite gesetzliche Tatbestände das Erstarken des Selbstbewußtseins des in ihrer Anwendung besonders frei waltenden Richters. Oder hat etwa nicht die freie Behandlung des Schadens- und Schadensteilungsrechts (§ 254 BGB.) in unserem BGB., haben nicht Bestimmungen wie die §§ 157, 242, 138, 826 den Richter viel freier und selbständiger gemacht? Die letztgenannten beiden Paragraphen geben der Praxis die Möglichkeit, die noch bei der Schaffung des BGB. nicht geahnten Schwierigkeiten des Kartell- und Arbeiterrechts zu meistern. Der § 826 soll dem Richter sogar, wie uns Dernburgs Autorität, gestützt auf das Reichsgericht, kürzlich gelehrt hat[127]), das Recht geben, die schädigenden Folgen eines rechtskräftigen, dolos erwirkten Urteils aus der Welt zu schaffen.

Kein Wunder, wenn schon jetzt das höchste Gericht vereinzelt neue Rechtssätze herausgebildet hat, ohne daß es sich dabei direkt an Sätze des positiven Rechts anlehnen konnte. So hat das Reichsgericht[128]) dem im Genuß seines Rechts

126) Binding, Handbuch des Strafrechts 1, 1885, S. 30, 31.
127) DJZ. 1905, 465 f.
128) RG. 58, 130.

(in jenem konkreten Fall durch Funkenflug) gestörten Eigentümer, dem Sondervorschriften das Recht, auf Beseitigung der Störung und auf künftige Unterlassung zu klagen, genommen haben, „nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen" einen Schadensersatzanspruch gewährt.

Das Moderne dieser Entscheidung steckt darin, daß die Rechtsschöpfung offen zu Tage tritt und auf überwiegende Billigkeitsgründe gestützt wird[129]).

Ja, selbst die vorhin aufgeführten weiten Tatbestände erscheinen unter Umständen der Praxis noch nicht weit genug. Das Reichsgericht sagt in einer jüngeren Entscheidung[130]): „. . . da nach BGB. der Grundsatz in Geltung steht, daß ein jeder sein Tun und Lassen so einzurichten hat, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern, und daß nicht gegen die guten Sitten verstoßen werden dürfe, mag dies auch nur in einzelnen Bestimmungen wortdeutlich hervortreten (vergl. §§ 136 [muß heißen: 138], 157, 162, 242, 320, 815, 817, 826)."

Was die Ausführungen dieser lose zusammengefügten Skizze für die eingangs gestellte Einzelfrage bedeuten, ist folgendes:

Auch ein so gut redigiertes Gesetzbuch wie das BGB. macht keinen Anspruch darauf, für die Lebensgebiete, von denen es handelt, alles Recht zu enthalten. Es kann der beschränkten rechtsschöpferischen und rechtsabändernden Mitwirkung des Richters nicht entraten. Wenn diese Ueberzeugung, wofür in Theorie und Praxis immer mehr Anzeichen sprechen, sich nach

129) Unmoderner insofern noch RG. 51, 350, wo ein rechtsumbildender Fortschritt noch durch eine Fiktion vermittelt wird: Wer sich entschieden geweigert hat, einen Kauf zu erfüllen, soll damit auf eine Fristsetzung verzichtet haben! — Unbedenklich dagegen RG. 58, 406, in der offen von der Fiktion der Rechtzeitigkeit des Zugehens einer Willenserklärung im Falle der Arglist des Adressaten gesprochen wird. Eine — sachlich vielleicht nicht unbedenkliche — Rechtsschöpfung enthält auch RG. 53, 200.

130) JW. 1904, 408; vergl. auch die erwähnte RG. 58, 406.

und nach Bahn bricht, wird sich die Selbständigkeit, das Verantwortungsgefühl und die Urteilskraft der Praxis und damit der Wert ihrer Entscheidungen heben.

Dieser erwachenden Selbständigkeit der Praxis aber würde es schlecht entsprechen, wenn die Praxis zu Entscheidungen gezwungen wird, wie sie das Reichsgericht im 54. Bande S. 73 gefällt hat. Jeder Richter, der im Sinne des Reichsgerichts oder anders als das Reichsgericht, aber mit einer der eingangs wiedergegebenen Begründungen, jenen Fall entschieden hat, muß sich, wenn er nicht ein Kärrner in seinem Berufe ist, vor den Kopf schlagen, im ersteren Falle wegen der Unbilligkeit der Entscheidung, im letzteren Falle wegen der Künstlichkeit ihrer Begründung.

Es muß ein Weg gefunden werden, die Haftung des Kutschers darum auszuschließen, weil er anständig und hilfsbereit gehandelt hat. Diesen Weg bietet zwar nicht § 242 BGB., wohl aber der vom Reichsgericht daraus abgezogene, schon erwähnte noch allgemeinere Grundsatz: § 242 handelt nur von dem „Wie" der Erfüllung der Leistung, hier aber steht das „Ob" der Erfüllung in Frage. Unter diesen Umständen muß allein der Grundsatz, daß ein jeder sein Tun und Lassen so einzurichten hat, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern, und daß nicht gegen die guten Sitten verstoßen werden darf, die Abweisung der Klage gegen den Kutscher tragen.

Soweit darin von Rechtsschöpfung durch die Praxis die Rede gewesen ist, beansprucht dieser Aufsatz nichts, als dies zeitgemäße[180a]) Problem überhaupt einmal wieder in den Vordergrund gerückt und einen Berufeneren, der sich vor allem auch mit

180a) Daß das Problem aktuell ist, zeigt der während der Korrektur mir zu Gesicht gekommene Aufsatz Staudingers, DJZ. 1905, 713 f.; vergl. auch ebenda 417 f., der sich mehrfach mit der hier vertretenen Auffassung berührt.

den Arbeiten Stammlers und Ehrlichs auseinanderzusetzen hätte, vielleicht zu einer gründlicheren Bearbeitung anzuregen.

Wenn darin Worte wie „Emanzipation des Richters gegenüber dem Gesetz" gebraucht worden sind, so soll damit, woran die übrigen Ausführungen keinen Zweifel gelassen haben werden, natürlich nicht offener Aufruhr gegen das Gesetz gepredigt werden, sondern es soll nur ein Wort dafür eingelegt werden, daß die Praxis in ihrer Stellung zum Gesetze sozusagen einen Ruck nach links nehmen möge.

Gewiß ist es Aufgabe des Richters, „unter dem Gesetze stehend, dem Gesetze zu dienen als sein getreuer Diener, — unfrei, wo das Gesetz bestimmten Befehl enthält, und da, wo es ihn missen läßt, von den Interessen und Ideen des Gesetzes beherrscht"[181]). Aber es versteht sich dies immer mit der Beschränkung, daß das Gesetz den Richter an einer Umbiegung allgemeiner Rechtsnormen in Berücksichtigung zwingender Billigkeitsgründe insbesondere im Wege analoger Erweiterung enger Ausnahmenormen weder hindern kann noch will. Diese Selbständigkeit gestattet dem Richter nicht nur der geleistete Eid, sondern er verlangt sie.

„Insbesondere", sagt Kohler[182]), „ist es vollkommen der Ueberzeugung des Richters anheimgegeben, welche Bedeutung er den einzelnen Rechtsquellen beimißt, sofern er etwa annimmt, daß beispielsweise ein Gesetz durch Gewohnheitsrecht aufgehoben sei, oder das Gesetz von selbst gewisse Beschränkungen an sich trage, oder endlich, daß das Gesetz in seiner Anwendung verbunden werden müsse mit ethischen Erwägungen und nur soweit zur Geltung komme, als ein aus dem Wortlaut des Gesetzes geschöpftes Ergebnis mit Treu und Glauben vereinbar sei."

181) Stein, Das private Wissen des Richters 43.
182) DJZ. 1904, 613 f.

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 2913

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 2913

Iherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger, Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke, Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal, Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer, Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Victor Ehrenberg,**
Professoren an der Universität in Göttingen.

Zweite Folge. Dreizehnter Band.

49. Band von „Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts".

Sechstes Heft.



Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1905.

Inhalt.

XI.

Ueber den Einfluß der rechtlichen Unwirksamkeit von Passivposten auf die Geltung der Saldoforderung bei der Abrechnung.

Von **Regelsberger.**

I.

Wenn es zwischen zwei Personen zu einer Abrechnung kommen soll, muß wenigstens der einen Partei eine Mehrheit von Gutmachungsposten zur Seite stehen. In den meisten Fällen ist jede Seite durch eine solche Mehrheit vertreten.

Die Gutmachungsposten, die in der Rechnung nur als Zahlen erscheinen, werden regelmäßig einen verschiedenartigen rechtlichen Ursprung haben: die eine stammt aus Kauf, die andere aus einer für den Belasteten geleisteten Zahlung, die dritte aus einem Differenz- oder Börsentermingeschäft 2c.

Durch die Einstellung in die laufende Rechnung verändern die einzelnen Posten ihre rechtliche Natur nicht[1]). Daher sind Posten unwirksam, die auf einer rechtlich unwirksamen Forderung beruhen.

1) ROHG. 9 Nr. 66 S. 217. Greber, Das Kontokorrentverhältnis 71 fg.

Beim Abrechnungsgeschäft wird zunächst für jede Seite die Summe der gutgeschriebenen Posten durch Zusammenzählung ermittelt. In der genehmigten Abrechnung erkennt jede Partei die zu Gunsten des Gegners berechnete Abschlußsumme als richtig an. Das vertragsmäßige Anerkenntnis erzeugt eine selbständige Forderung, hier auf die Abschlußsumme. Schon hiernach gehen aus dem Abrechnungsgeschäft zwei Forderungen aus Anerkenntnis hervor, die Forderungen auf die Abschlußsummen.

Die Herstellung der Abschlußsummenforderungen hat den Zweck, die Grundlage für den weiteren Vorgang bei der Abrechnung zu schaffen, für die Aufrechnung. Damit hängt zusammen, daß diese Forderungen mit der Wirkung ausgerüstet sind, die verrechneten Einzelforderungen zu ersetzen, mit anderen Worten: sie wirken novatorisch (meine Abhandl. in Bd. 46 der Jahrb. S. 12 fg.).

Aufgerechnet werden gegeneinander die Abschlußsummenforderungen, nicht die Einzelposten. Dafür spricht nicht bloß die Gepflogenheit bei dem rechnerischen Vollzug, sondern entscheidender, daß die Ermittelung der Abschlußsummen keinen Zweck haben würde, wenn die Abgleichung unter den Einzelposten stattfände.

Sind die Abschlußsummen von ungleicher Höhe, wie in der Regel, so wird durch die Aufrechnung nur eine der beiden Forderungen vollständig getilgt, die Forderung auf die geringere Summe. Die Forderung auf die größere Abschlußsumme bleibt in dem überschießenden Betrag, dem Saldo, bestehen.

Aber auch diese Restforderung wird im Abrechnungsgeschäft Gegenstand eines Anerkenntnisvertrages: der Saldoschuldner bekennt sich dem Saldogläubiger gegenüber als Schuldner auf die

Saldosumme. Durch die Begründung der Saldoanerkenntnisforderung wird der Saldogläubiger in die Lage gesetzt, bei der gerichtlichen Geltendmachung seinen Anspruch auf die Saldosumme durch die Beziehung auf das Anerkenntnis der Saldoschuld ausreichend zu begründen; er hat nicht nötig, auf die früheren Abrechnungsvorgänge zurückzugehen oder gar die ihm gutgerechneten Einzelposten zu rechtfertigen. Er könnte freilich seinen Anspruch auf den Rest seiner Abschlußsummenforderung stützen, der durch die Aufrechnung unberührt geblieben ist; denn die Forderung aus dem Saldoanerkenntnis tritt nur neben die anerkannte Forderung, sie ersetzt sie nicht, mit anderen Worten sie ist accessorisch, nicht novatorisch (meine angeführte Abhandl. S. 9 und 16). Dagegen ist ihm die Möglichkeit abgeschnitten, aus den verrechneten Einzelforderungen zu klagen, sie sind durch die Abschlußsummenforderung aufgehoben.

II.

Im Vorstehenden habe ich die Vorgänge beim Abrechnungsgeschäft gezeichnet, wie sie sich vom rechtlichen Standpunkt darstellen. Damit sollte der Boden für die Lösung der im Titel bezeichneten Aufgabe bereitet werden. Für diesen Zweck ist noch förderlich, an folgendes zu erinnern:

1) Im vertragsmäßigen Schuldanerkenntnis erklärt sich der Anerkennende als Schuldner auf die bestimmte Leistung, weil er sie aus Kauf, Darlehn, Spiel ꝛc. schuldet oder zu schulden glaubt. Diesen materiellen Grund (causa) läßt der Anerkenntnisvertrag nicht ersehen, er wird wegen der Losreißung der Schuldverpflichtung vom Verpflichtungsgrund abstrakt genannt, und abstrakt ist die durch ihn erzeugte Forderung. Aber die Anerkenntnisforderung entbehrt darum nicht der materiellen Grundlage, sie entnimmt sie dem anerkannten Schuldverhältnis.

Das ist von rechtlicher Bedeutung: eine rechtliche Mangelhaftigkeit des anerkannten Schuldverhältnisses macht die Anerkenntnisforderung anfechtbar. War die anerkannte Schuld nicht vorhanden, sei es daß sie irrtümlich vorausgesetzt war oder wegen Verstoßes gegen ein Gesetz nichtig (BGB. § 134, Börsengesetz § 50), so ist der Gläubiger um die Anerkenntnisforderung grundlos bereichert. War die anerkannte Forderung nur rechtlich nicht erzwingbar, so leidet die Anerkenntnisforderung an derselben Unvollkommenheit (BGB. § 762 Abs. 2, Börsengesetz § 66 Abs. 3). Das gilt für die novatorische wie für die accessorische Anerkenntnisforderung.

2) Es gab zu allen Zeiten Schuldverträge, denen das positive Recht wegen ihrer Bedenklichkeit für das Gemeinwohl zwar nicht die Anerkennung ganz versagte, wohl aber nur unvollkommene Wirkung beilegte: der Gläubiger kann die Erfüllung seiner Forderung nicht erzwingen, aber die freiwillige Leistung des Schuldners ist Schuldtilgung und kann nicht wegen ermangelnder Schuld zurückgefordert werden, die Forderung ist erfüllbar, nicht erzwingbar. Auch die geltende Gesetzgebung weist solche Forderungen auf (BGB. § 762, 764, Börsengesetz § 66).

Der Erfüllung d. h. der Leistung dessen, was geschuldet wird, steht im Sinn dieser Gesetze die freiwillige Aufrechnung mit der unerzwingbaren Forderung gleich. Die Aufrechnung führt wie die Erfüllung zu einer materiellen Befriedigung des Gläubigers. Wer sich eine nicht erzwingbare Schuld anrechnen läßt, erfüllt sie freiwillig.

Dies hatte die Praxis für die Vorschrift des Preußischen Landrechts I, 11 § 578 anerkannt, obwohl der Wortlaut für die ausdehnende Auslegung nicht gerade günstig lag[2]). In

2) Entscheidungen des Obertribunals 71, 25; RG. 1 Nr. 53 S. 130; 35 Nr. 78 S. 288; 38 Nr. 62 S. 238.

dem gleichen Sinn hat das Reichsgericht wiederholt die entsprechenden Vorschriften in den neueren Gesetzen ausgelegt[3]). Wird demnach die Forderung aus einem Spiel- oder Wettvertrag, aus einem Differenz- oder Börsentermingeschäft im Sinn des § 66 des Börsengesetzes in einer freiwilligen Aufrechnung verwendet, so wird diese Forderung in dem von der Aufrechnung erfaßten Betrag in unangreifbarer Weise getilgt.

III.

Die Saldoforderung stellt in neuer durch das Anerkenntnis geschaffenen Rechtsform den Rest der überschießenden Abschlußsummenforderung dar. Sie schöpft daher ihre materielle Rechtfertigung (causa) aus dieser Forderung. So führt die Untersuchung, ob die Saldoforderung wegen Unwirksamkeit verrechneter Posten der Anfechtung unterliegt, auf die Frage zurück: welches ist die materielle Grundlage (causa) einer Abschlußsummenforderung?

Es sind folgende Möglichkeiten zu unterscheiden:

1) Die überschießende Abschlußsumme wurde nur durch einen Posten gebildet, und dieser bestand in einer unwirksamen Forderung. Der Unwirksamkeit unterliegt auch die Abschlußsummenforderung.

2) Die Abschlußsumme ist aus mehreren Posten zusammengesetzt, aber sämtliche Posten beruhen auf unwirksamen Forderungen. Das Ergebnis ist das gleiche wie im ersten Fall.

3) Die Abschlußsumme ist aus mehreren Posten zusammengesetzt, aber diese Posten beruhen nur zum Teil auf unwirk-

3) Urteil vom 5. Jan. 1903 (JW. 1903 Beil. 4 S. 35) und vom 26. Nov. 1904 (mitgeteilt im Bankarchiv 4, 76).

samen Forderungen. Dies ist der praktisch häufigste Fall; gerade über seine rechtliche Beurteilung gehen die Meinungen auseinander.

Ich habe mich in der erwähnten Abhandlung dahin ausgesprochen, daß in diesem Fall die Abschlußsummenforderung die materielle Grundlage weder einer der verrechneten Forderungen entnehmen kann noch allen zusammen, jenes wäre prinziplos, dieses würde einen unbrauchbaren Mischmasch ergeben.

Derselben Meinung ist Hahn, Komm. z. HGB. Art. 291 § 1: „Infolge dieser Berechnungsart (beim Kontokorrentabschluß) ist es nicht möglich, zu bestimmen, welches die ursprüngliche causa sei, aus der die Differenz zwischen den beiden Gesamtsummen, der Saldo, geschuldet wird, und aus dieser causa Momente für die rechtliche Beurteilung der Forderung selbst herzuleiten."

Das Ergebnis wäre eine Forderung, die sich auf keine andere Grundlage stützt als auf das vertragsmäßige Anerkenntnis, ähnlich wie die Forderung aus dem Vergleich nur den Vergleich zur Grundlage hat.

Indes kann ich nach wiederholter Ueberlegung den geschilderten Standpunkt nicht festhalten. Ich erachte jetzt für richtig, daß die Abschlußsummenforderung die materielle Grundlage von den sämtlichen verrechneten Posten empfängt, von jeder nach Verhältnis. Zweifellos kann sich hieraus im einzelnen Fall eine Schwierigkeit ergeben, und sie ist es, die mich früher von der reinen Folgeziehung zurückschreckte. Aber die Schwierigkeit liegt nur auf dem rechnerischen Gebiet und ist nicht unüberwindlich. Nehmen wir an, die Abschlußsumme sei nur aus zwei Posten zusammengesetzt: die Annahme einer verhältnismäßigen materiellen Grundlage wird hier kaum be-

fremden. Warum soll eine andere rechtliche Behandlung der Umstand aufnötigen, daß den Gegenstand der Verrechnung drei, zehn, zwanzig oder mehr Posten bildeten? Ueberdies wäre eine Anerkenntnisforderung, die der materiellen Grundlage entbehrt, ohne Beispiel. Die Forderung aus einem Vergleich bildet keine Analogie. Wer sich im Vergleich zu einer Leistung verpflichtet, hat sein Entgelt in dem Opfer, das sein Gegner an seinem wirklichen oder vermeintlichen Recht bringt, und dies kommt im Geschäft selbst zum Ausdruck. Das Anerkenntnis dagegen weist auf eine außerhalb des Geschäfts liegende Grundlage hin.

Nun die Nutzanwendung auf die Saldoforderung. In ihr lebt, wie ausgeführt, die materielle Grundlage der überschießenden Abschlußsummenforderung fort. Bestanden, um das einfachste Beispiel zu wählen, die in dieser Abschlußsumme verrechneten Posten nach dem Betrag der in ihnen enthaltenen Summen zur Hälfte aus unwirksamen Forderungen, so ruht die Saldoforderung zur Hälfte auf unwirksamer Grundlage und ist insoweit anfechtbar. Ein anderes Verhältnis der verrechneten unwirksamen Posten zu den wirksamen verändert nur den Bruchteil.

Ich komme im Ergebnis mit dem Standpunkt überein, auf den sich nach dem Vorgang von Greber (a. in Note 1 a. O. S. 104) und Trumpler (ZHR. 50, S. 488) das Reichsgericht in mehreren Erkenntnissen[4]) gestellt hat, ohne daß ich die Rechtfertigung dieses Standpunktes teilen kann. Sie lautet: wenn ein Kontokorrentsaldo anerkannt ist, so gilt durch die Aufrechnung jede Passivpost verhältnismäßig getilgt. Diese Begründung erweckt den Anschein, als ob die einzelnen in der

4) Urteil v. 14. Nov. 1903 in RG. 56 Nr. 5 S. 23; Urteil v. 26. Nov. 1904 (mitgeteilt im Bankarchiv 4, 76).

laufenden Rechnung einander gegenüberstehenden Posten die Aufrechnungsfaktoren bildeten, was oben (Ziff. I) als unrichtig nachgewiesen wurde.

IV.

Ist das nun der Weisheit letzter Schluß? Das Reichsgericht meint es. Es verkennt nicht, daß sich daraus ein befremdendes Ergebnis entwickeln kann. Sind nämlich dem Saldoschuldner Posten aus unwirksamen Forderungen gutgeschrieben und übersteigt deren Betrag die Posten aus unwirksamen Forderungen, mit denen er belastet ist, so erhält er durch die Abrechnung für seine unwirksamen Forderungen volle Befriedigung, während er die Schuld aus Geschäften mit vollkommener Wirkung durch die Anfechtung der Saldoforderung abschütteln kann. Das Reichsgericht erblickt darin einen der Nachteile, mit denen das Börsengesetz dem Verkehr in Termingeschäften entgegenwirken will.

Wäre der Nachteil im Börsengesetz ausdrücklich aufgestellt, so müßte man ihn hinnehmen. Das ist aber nicht der Fall, er wird nur aus den Vorschriften im Börsengesetz gefolgert. Da entsteht die Frage, ob sich diese Folgerung nicht an anderen Rechtsregeln bricht. Diese Frage ist zu bejahen und zwar aus zwei Gründen.

1) Nach dem Standpunkt des Reichsgerichts kann der Saldoschuldner aus dem Abrechnungsgeschäft das ihm Nützliche ziehen, das ihm Nachteilige ablehnen. Schon Staub (Komm. z. HGB., Exkurs zu § 376 Anm. 15) hat geltend gemacht, daß ein solches Ergebnis mit § 139 BGB. in Widerspruch steht. § 139 lautet:

„Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.“

Daß „nichtig" in diesem Satz in dem weiteren Sinn von „hinfällig" zu verstehen ist und daß sich die Rechtsregel auch auf die Entkräftung durch Anfechtung erstreckt, darüber besteht, soviel ich sehe, keine Meinungsverschiedenheit [5]). Insoweit unterliegt die Anwendung auf unseren Fall keinem Bedenken.

Das Reichsgericht (RG. 56 Nr. 5 S. 24) hat die Ansicht Staubs mit der Begründung abgelehnt, daß Verrechnung und Saldoanerkennung keineswegs Teile eines und desselben Rechtsaktes seien, sondern selbständige Rechtsakte. Damit ist der Sinn des § 139 verkannt. Daß sich das Abrechnungsgeschäft für die juristische Betrachtung in mehrere Rechtsgeschäfte gliedert, ist richtig (Ziff. I). Aber diese Rechtsgeschäfte sind durch die Einheit des Ziels zu einem Ganzen verbunden, und das Abrechnungsgeschäft bildet auch juristisch eine Einheit. Damit ist dessen Unterstellung unter § 139 gerechtfertigt [6]).

Mehr noch als für die juristische Betrachtung ist das Abrechnungsgeschäft eine Einheit in der Auffassung der Parteien, denen die rechtliche Sondereigenschaft der einzelnen Vorgänge in der Regel nicht zum Bewußtsein kommt. Daß aber die gewollte Abhängigkeit unter mehreren Rechtsgeschäften einen rechtlichen Zusammenhang herstelle, hat das Reichsgericht selbst in einer verwandten Anwendung anerkannt und daraus eine ähnliche Folge gezogen, wie sie hier vertreten wird (RG. 57 Nr. 22 S. 96).

Das Anerkenntnis der Saldoforderung ist demnach ein Teil eines Rechtsgeschäfts. Durch die Hinfälligkeit dieses Teils wird das ganze Abrechnungsgeschäft hinfällig, „wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen

5) Statt anderer Planck, Komm. zu § 139.

6) Enneccerus, Das bürgerl. Recht I § 109 IV.

laufenden Rechnung einander gegenüberstehenden Posten die Aufrechnungsfaktoren bildeten, was oben (Ziff. I) als unrichtig nachgewiesen wurde.

IV.

Ist das nun der Weisheit letzter Schluß? Das Reichsgericht meint es. Es verkennt nicht, daß sich daraus ein befremdendes Ergebnis entwickeln kann. Sind nämlich dem Saldoschuldner Posten aus unwirksamen Forderungen gutgeschrieben und übersteigt deren Betrag die Posten aus unwirksamen Forderungen, mit denen er belastet ist, so erhält er durch die Abrechnung für seine unwirksamen Forderungen volle Befriedigung, während er die Schuld aus Geschäften mit vollkommener Wirkung durch die Anfechtung der Saldoforderung abschütteln kann. Das Reichsgericht erblickt darin einen der Nachteile, mit denen das Börsengesetz dem Verkehr in Terminsgeschäften entgegenwirken will.

Wäre der Nachteil im Börsengesetz ausdrücklich aufgestellt, so müßte man ihn hinnehmen. Das ist aber nicht der Fall, er wird nur aus den Vorschriften im Börsengesetz gefolgert. Da entsteht die Frage, ob sich diese Folgerung nicht an anderen Rechtsregeln bricht. Diese Frage ist zu bejahen und zwar aus zwei Gründen.

1) Nach dem Standpunkt des Reichsgerichts kann der Saldoschuldner aus dem Abrechnungsgeschäft das ihm Nützliche ziehen, das ihm Nachteilige ablehnen. Schon Staub (Komm. z. HGB., Exkurs zu § 376 Anm. 15) hat geltend gemacht, daß ein solches Ergebnis mit § 139 BGB. in Widerspruch steht. § 139 lautet:

„Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.“

Daß „nichtig" in diesem Satz in dem weiteren Sinn von „hinfällig" zu verstehen ist und daß sich die Rechtsregel auch auf die Entkräftung durch Anfechtung erstreckt, darüber besteht, soviel ich sehe, keine Meinungsverschiedenheit [5]). Insoweit unterliegt die Anwendung auf unseren Fall keinem Bedenken.

Das Reichsgericht (RG. 56 Nr. 5 S. 24) hat die Ansicht Staubs mit der Begründung abgelehnt, daß Verrechnung und Saldoanerkennung keineswegs Teile eines und desselben Rechtsaktes seien, sondern selbständige Rechtsakte. Damit ist der Sinn des § 139 verkannt. Daß sich das Abrechnungsgeschäft für die juristische Betrachtung in mehrere Rechtsgeschäfte gliedert, ist richtig (Ziff. I). Aber diese Rechtsgeschäfte sind durch die Einheit des Ziels zu einem Ganzen verbunden, und das Abrechnungsgeschäft bildet auch juristisch eine Einheit. Damit ist dessen Unterstellung unter § 139 gerechtfertigt [6]).

Mehr noch als für die juristische Betrachtung ist das Abrechnungsgeschäft eine Einheit in der Auffassung der Parteien, denen die rechtliche Sondereigenschaft der einzelnen Vorgänge in der Regel nicht zum Bewußtsein kommt. Daß aber die gewollte Abhängigkeit unter mehreren Rechtsgeschäften einen rechtlichen Zusammenhang herstelle, hat das Reichsgericht selbst in einer verwandten Anwendung anerkannt und daraus eine ähnliche Folge gezogen, wie sie hier vertreten wird (RG. 57 Nr. 22 S. 96).

Das Anerkenntnis der Saldoforderung ist demnach ein Teil eines Rechtsgeschäfts. Durch die Hinfälligkeit dieses Teils wird das ganze Abrechnungsgeschäft hinfällig, „wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen

---

5) Statt anderer Planck, Komm. zu § 139.

6) Enneccerus, Das bürgerl. Recht 1 § 109 IV.

sein würde" (BGB. § 139). Es handelt sich mithin um die Frage, ob der Saldogläubiger seine Hand zur Abrechnung geboten hätte, wenn er die Entkräftung des Saldoanerkenntnisses vorausgesehen haben würde. Dies ist wohl nur für den Fall zu bejahen, wenn der Betrag des Saldo im Verhältnis zu den verrechneten Summen unbedeutend ist.

Mit der Ansicht, daß durch die erfolgreiche Anfechtung der Saldoforderung das ganze Abrechnungsgeschäft hinfällig wird, geschieht der Absicht des Börsengesetzes kein Eintrag; die Forderungen aus Termingeschäften im Sinn des § 66 bleiben unerzwingbar. Es wird aber die Möglichkeit beseitigt, daß der Saldoschuldner gegen seinen Gläubiger eine Waffe gebraucht, die er ihm durch die anstandslose Eingehung des Abrechnungsgeschäfts entwunden hat, und es wird damit ein Aergernis aus der Welt geschafft, das auf das Rechtsbewußtsein weiter Kreise nur nachteilig wirken kann.

Die Einheit des Abrechnungsgeschäfts mit ihrer Folge wird auch in der Lösung unserer Frage verkannt, die Düringer und Hachenburg (Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, 2 § 355 Note X, 3) vertreten. Wenn dem Saldoanerkenntnis — so ist ihre Meinung — teils wirksame, teils unwirksame Geschäfte zu Grunde liegen, so ist es unwirksam, die Aufrechnung aber bleibt in Kraft; es kann daher der Saldoschuldner nicht auf Bezahlung des Saldo belangt werden, aber auch seinerseits nicht aus den ihm gutgerechneten Posten klagen. Die Entscheidung ist überdies nur für den Fall berechnet, daß sämtliche Aktivposten des Saldogläubigers aus unwirksamen Geschäften stammen.

2) Das Ergebnis, zu dem die Rechtsprechung des Reichsgerichts gelangt, verstößt noch gegen einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt. Es ist hierauf schon von der Redaktion des

„Bankarchiv" in der Nachschrift zum Abdruck des Reichsgerichtsurteils vom 28. Nov. 1904 hingewiesen (Bankarchiv 4, 77).

Das Abrechnungsgeschäft ist ein Vertrag: die in laufender Rechnung stehenden Parteien kommen überein, das Guthaben auf jeder Seite festzustellen, die Guthaben in den sich gleichkommenden Beträgen gegeneinander aufzuheben, den verbleibenden Rest zum nunmehrigen Inhalt ihres Schuldverhältnisses zu gestalten. Verträge stehen unter der allgemeinen Regel, daß sie nach Treu und Glauben auszulegen sind (BGB. § 157). Die Entfaltung dieser Auslegungsregel bricht sich zuweilen an besonderen gesetzlichen Vorschriften, die selbstverständlich nicht zur Verletzung von Treu und Glauben eingeführt sind, aber dazu ausgebeutet werden können. Das Sondergesetz muß diese unerwünschte Folge in den Kauf nehmen, um seinen Zweck zu erreichen. So kann sich der Schuldner seiner Leistungspflicht durch die Berufung auf den Ablauf der Verjährung entschlagen, auch wenn er sich seiner Schuldigkeit bewußt ist und dessen überführt werden könnte. Die Sicherung des Verkehrs gegen die Geltendmachung von verdunkelten Ansprüchen macht ein Durchgreifen des Gesetzes notwendig. Aber weiter als die Verwirklichung des besonderen Gesetzeszwecks erheischt, geht der Ausschluß der Rücksicht auf die im Verkehr gebotene Redlichkeit nicht.

Diese Erwägungen rechtfertigen für die Einwirkung der Sonderbestimmungen in BGB. §§ 762, 764 und Börsengesetz § 66 zwar nicht den Satz, daß eine Partei durch die Einstellung von unwirksamen Aktivposten in die Abrechnung der Berufung auf die gleiche Unwirksamkeit von Passivposten verlustig gegangen sei. Dem steht das Sondergesetz entgegen, das dem bloßen Verzicht auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit im Gegensatz zur materiellen Befriedigung des Gläubigers die verbindliche Kraft versagt. Aber einer anderen

Forderung von Treu und Glauben stellt das Gesetz kein Hindernis entgegen, dem Satz, daß mit der Berufung des Saldoschuldners auf die Unwirksamkeit einer Belastung die ihm gutgerechneten unwirksamen Posten aus der Rechnung fallen. Mit dem Maß, mit dem er mißt, wird ihm gemessen. Das Abrechnungsgeschäft wird danach nicht ganz hinfällig, sondern nur berichtigt.

XII.

Beiträge zur Lehre von der Schadenszurechnung nach römischem und bürgerlichem Rechte.

Von Dr. Fritz Litten,
Privatdozenten und Gerichtsassessor in Halle a. S.

I.

Ueber die Grenzziehung zwischen noxaler und aquilischer Haftung in Dig. IX, 1 und Inst. IV, 9.

Zwei Probleme sind in den Quellenzeugnissen über die pauperies-Haftung beschlossen: ein historisches und ein dogmatisches.

Im Verfolg des historischen wäre darzulegen, wie auch hier der pönale Grundgedanke einer primitiven Rechtsanschauung allmählich verblaßte: wie die Auslieferung des schadenstiftenden „tierischen Uebeltäters" zur „Rache" an den Verletzten durch die Befugnis des Tiereigentümers zur Geldablösung in zwiefachem Sinne „zivilisiert" wurde, und wie diese (von der Zeit nach den Zwölftafeln ab) weiterhin sogar das Primäre, jene das Sekundäre wurde — wohl zwecks faktischer Herbeiführung einer durch die Höhe des Tierwertes limitierten Schädenhaftung.

Auch wird man mit der Erwägung kaum fehlgehen, daß im Rahmen dieser ganzen Entwickelung noch der Uebergang von der Erfolgshaftung zur Schuldhaftung eine spezifische Bedeutung erlangt hat. Die alles durchdringende Kraft der neuen

Rechtsanschauung, welche auf das innere und subjektivistische Moment als essentiale der Zurechenbarkeit eines objektiven Geschehens abstellte, hatte offenbar die Auffassung des Charakters der pauperies-Haftung zunächst dahin beeinflußt, auch hier mit einer „Schuld" des Tieres zu operieren, um so (wie man meinte) die allein mögliche Haftungsgrundlage zu schaffen[1]). Später, d. h. sicherlich in der Periode der klassischen Jurisprudenz, hatte in diesem Punkte eine reifere Anschauung Platz gefunden. Gerade hier können wir mit einiger Sicherheit urteilen — so sehr wir bei einer Rekonstruktion der Geschichte der actio de pauperie mangels genügenden Materials auf Vermutungen angewiesen und zu einer schlüssigen wissenschaftlichen Erörterung außerstande sind[2]). Denn im achtzehnten Buche seines Ediktskommentars hat uns Ulpianus die beiden Marksteine überliefert, zwischen denen jene so bedeutsame Entwickelung als via incognita sich ausdehnt: „noxia est ipsum delictum" und „nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret".

Mit der ihm eigenen Klarheit formuliert Dernburg in seinem Pandektenlehrbuche den Gedanken dahin: „Tiere sind nicht zurechnungsfähig und können keine Delikte begehen; dies war den Römern der Kaiserzeit ganz klar. Aber anders dachten hierüber die römischen Bauern sechs bis sieben Jahrhunderte früher; ihrer naiven Anschauung galten boshafte Beschädigungen seitens eines Vierfüßlers als Delikte . . ."

War dies aber schon den Römern der Kaiserzeit ganz

1) So wohl auch v. Ihering, Schuldmoment im römischen Privatrecht, Vermischte Schriften (1879) S. 168, 202 — Die Anschauung einer Imputation gegenüber tierischem Verhalten im römischen Recht wird eingehender begründet von Zimmern, System der römischen Noxalklagen (1818) 84 ff.

2) Dies zeigt auch die, trotz mancher anfechtbaren Einzelheiten, beste Darstellung der Entwickelung bei Girard, Nouv. Revue historique 12, 44 ff.

klar, um wieviel mehr den Kronjuristen Justinians. Und welch merkwürdige Verkennung des Sachverhaltes ist es danach, die von ihnen kompilierten und gebilligten Bestimmungen über die actio de pauperie schlechthin aus einer von den Redaktoren selbst offenbar als indiskutabel erachteten Grundanschauung heraus erklären zu wollen[1]). —

Damit gelangen wir zu dem dogmatischen Problem, in dessen Durchführung zu erörtern ist, nach welchen Prinzipien im justinianischen Rechte die Haftung für Tierschäden geregelt, insbesondere welches hier das Verhältnis der aquillischen[2]) zur noxalen Haftung war, und wie sich diese eigenartige pauperies-Haftung in das System des außerkontraktlichen Entschädigungsrechtes einfügte.

Aber auch für diese dogmatisch-exegetische Aufgabe ist jene oben angedeutete historische Betrachtung nicht ohne Belang. Denn (wie im Verlauf der Erörterungen hervortreten wird) liegt es nicht so, daß die ältere Anschauung völlig verschwunden, die neuere restlos zur Anerkennung gelangt wäre; vielmehr spielt die ältere Auffassung noch mit hinein und führt sogar an entscheidender Stelle zu einer Durchbrechung der auf Grund der späteren Ansicht durchgeführten Regelung der Haftungsgrundlagen.

Wie allgemein anerkannt sein dürfte, sind es die Voraussetzungen der pauperies-Haftung, welche für die Beantwortung unserer Frage vornehmlich Schwierigkeiten bereiten.

Denn gerade in diesem Punkte herrscht nichts weniger als

1) Hierin scheint mir der prinzipielle Fehler von Isay, IheringsJ. 39, 282 ff. zu liegen. — Seiner Skepsis gegenüber der Kontrollierbarkeit der historischen Entwickelung stimme ich durchaus zu.

2) Die Schreibweise nach Th. Mommsen, Röm. Strafrecht (1899) 826 Note 4.

Einhelligkeit in der Deutung der Quellen. Insbesondere hat das „contra naturam“ in l. 1 § 7 D. si quadrup. IX, 1 und in der entsprechenden Stelle pr. Inst. IV, 9 zu mannigfachen Zweifeln Veranlassung gegeben. Entscheidend beeinflußt ist die Interpretation hier durch die Ergänzung der Stellen in „contra naturam sui generis“, wie wir dies beispielsweise schon bei Donellus, sodann zumeist in der neueren Doktrin seit Glück finden.

Und wie bereits Eisele[1]) in seinem schönen und für die Lehre außerordentlich förderlichen Aufsatze über die actio de pauperie bemerkt hat, scheint vielfach die Literatur jenen Zusatz geradezu als quellenmäßig anzusehen, während er in Wahrheit eine Hinzufügung der glossatorischen Jurisprudenz ist. Er fehlt übrigens noch in der Summa Placentini, ist bereits angedeutet in der Grenobler Handschrift der Summa anonyma und findet sich ausdrücklich formuliert zum ersten Male in der Summa Azonis[2]). Von daher hat ihn also offensichtlich der Azo-Schüler Accursius übernommen, und hier hat bei dem überragenden Einfluß der glossa ordinaria auf die Doktrin, die Untersuchung anzuknüpfen.

Die zunächst interessierenden Sätze der Institutionenstelle (IV, 9) sind diese:

„haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet: ceterum, si genitalis sit feritas, cessat.“

Hiezu führt nun Accursius glo. „contra naturam“ ad Inst. IV, 9 folgendes aus: „id est contra consuetu-

1) IheringsJ. (1886) 24, 480/498.

2) Auf Ersuchen der Redaktion habe ich die weiteren Ausführungen über die Genesis des Glossenzusatzes hier ausgeschaltet und in der Savigny-Z. (1905) 26, 494 als Miszelle veröffentlicht.

dinem generis illius animalis, licet sit sua consuetudo, ut calcitret . . . nam maior pars equorum non pessundat et maior pars bovum cornu non petit: quia equi et boves dicuntur mansueti“ [1]). Und hiezu stimmt dann weiterhin glo. „si genitalis“ ad h. l. mit der Erläuterung „id est si a genere habeat, quod sit fera“ durchaus.

Danach könnte folgendes als die Anschauung der Glosse erscheinen: die Gattung „Pferd“ schlägt nicht, die Gattung „Ochse“ stößt nicht; tut dies dennoch ein einzelnes Individuum einer solchen Gattung entsprechend seiner individuellen Natur, so ist das eben gegen die Natur, d. h. gegen die Gewohnheit der Gattung.

Wenn daher Eisele (a. a. O. 482) hingegen geltend macht, es sei nicht gegen die Natur des genus „Stier“, wenn ein solcher einmal stieße, und man würde dies nur sagen können, wenn ein Stier beißen oder ausschlagen, oder wenn ein Pferd mit dem Kopfe stoßen würde, so trifft der Einwand den Accursius schon um deswillen nicht, weil dieser ja ausdrücklich von der Synonymie zwischen natura und consuetudo ausgeht.

Berücksichtigt man ferner in glo. „contra naturam“ ad l. 1 Dig. si quadrup. IX, 1 das „scilicet sui generis: a se tamen commota non ab alio culpabiliter, sowie im Texte das „contra naturam fera mota“, so steht ohne weiteres klar, daß hier die Ursache des tierischen schädigenden Verhaltens gedeutet werden soll.

Alsdann erscheint die Erklärung der Glosse (und der ihr folgenden Pandektendoktrin) jedenfalls nicht, wie man nach Eisele annehmen müßte, unsinnig. Vielmehr wird hier

1) Die Schwierigkeiten, in welche Accursius weiterhin hinsichtlich des „canis“ gerät, weil dieser „non est in numero ferarum nec mansuetorum“, können hier beiseite bleiben.

nur die immerhin diskutable Meinung vertreten, daß das schädigende Verhalten im Zusammenhange mit der unmittelbar ersichtlichen Veranlassung gegen die Natur, bezw. Gewohnheit der betreffenden Tiergattung sei. Und dazu würde auch die Kasuistik des Pandektentitels leidlich stimmen. Es soll also beispielsweise nicht contra naturam der Gattung Pferd sein, daß ein Pferd überhaupt ausschlägt, sondern daß es ohne ersichtlichen Grund (§ 4 h. t.) oder auf Streicheln oder Klopfen hin (§ 7 h. t. i. f.) ausschlägt.

Freilich, sehr befriedigend ist diese Lösung nicht. Sollte es den Römern wirklich als ungewöhnlich erschienen sein, daß ein Ochse stößig, ein Pferd schlägig, ein Maultier unbändig ist und sich dementsprechend gebärdet? Hat nicht vielmehr gerade die Häufigkeit solcher Vorkommnisse, wie das Ausschlagen eines Pferdes ohne ersichtliche Veranlassung, zur Gewährung eines besonderen gesetzlichen Klageschutzes bei solchen Beschädigungen geführt?!

Aber dies Bedenken einmal beiseite gelassen, so scheinen doch die Quellen jenes tierische Verhalten sogar als unnatürlich bezeichnen zu wollen. Eine Unnatürlichkeit liegt aber sicherlich nicht vor; enthalten doch hier die Quellenbeispiele gerade Fälle von typischen Ausflüssen der spezifisch tierischen Natur.

Das hat auch Accursius offenbar empfunden und daher das „contra naturam" mit „contra consuetudinem" wiedergegeben. Diese Gleichsetzung dürfte aber dem Sprachgebrauch der justinianischen Kodifikation wenig gerecht werden[1]); eher mag Accursius hier eine sprachliche Latitüde seiner Zeit in die Quellen hineingetragen haben.

1) Vergl. über „die Natur in den Digesten" Gradenwitz in der Königsberger Festgabe für Schirmer (1900) 152/153.

Keinesfalls kann danach der Lösungsversuch des Accursius und seiner Nachfolger als gelungen gelten.

Ein Blick auf die oben zitierte Institutionenstelle zeigt, daß in ihr das „contra naturam“ in unmittelbaren Gegensatz gesetzt wird zur „genitalis feritas“. Die Haftung soll stattfinden bei solchen Tieren, welche contra naturam zu einer schädigenden Handlung veranlaßt sind, nicht aber, wenn eine genitalis feritas vorliegt. Danach erscheint es nicht aussichtslos, den Sinn des contra naturam durch zuvorige Aufklärung der Bedeutung von genitalis feritas zu erschließen.

Das Wort „genitalis“ heißt zwar in seiner häufigeren Bedeutung so viel wie „ad gignendum pertinens“ oder vim gignendi habens“, hier hat es aber offenbar nicht diese, sondern die seltenere Bedeutung von „a natura ingenitus“ [1]), so daß die genitalis feritas sinngemäß auch mit naturalis feritas wiedergegeben werden könnte.

Und in der Tat hat offenbar der Verfasser der Institutionenstelle den Ediktskommentar des Ulpianus oder den Pandektentitel IX, 1 vor Augen gehabt und hat die dort erwähnte „naturalis feritas“ mit „genitalis feritas“ wiedergeben wollen. Sonst wäre ja die fast wörtliche Uebereinstimmung der Beispiele, die in den Institutionen mit „denique“, in den Digesten mit „ideo“ zur Erläuterung des Satzes, daß die actio de pauperie nicht statthabe, angeknüpft werden, unerklärlich.

So führt uns die genitalis feritas auf die naturalis feritas des l. 1 § 10 D. h. t.:

---

1) Vergl. Forcellini, s. v. „genitalis“ et „genitivus“. Mit genus (= Gattung) steht genitalis überhaupt in keinem unmittelbaren sprachlichen Zusammenhange; die Glosse war also auf falschem Wege, wenn sie, wie es scheint, dieserhalb dem contra naturam das sui generis hinzufügte.

„in bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet: et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit: et ideo et si eum occidi, meum corpus est.“

Hier ist von einer gegensätzlichen Gegenüberstellung der Ausdrücke „naturalis feritas“ und „contra naturam“ nichts zu erblicken. Das contra naturam findet sich schon zu Beginn des § 7 h. t. in der dort gegebenen allgemeinen Regel: „et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit.“ Dies wird dann in den §§ 7 und 8 illustriert und gegen Tatbestände aquillischer Haftung abgegrenzt.

Alsdann beginnt ein ganz anderer Gedankengang; denn der § 9 besagt, daß auch eine pauperies nicht corpore quadrupedis data zu sein braucht — was offenbar mit der Frage, wann ein Tier contra naturam zu der schädigenden Handlung veranlaßt (mota) ist, gar nichts zu tun hat.

Nunmehr setzt wiederum eine neue Betrachtung ein, die auch mit der unmittelbar vorhergehenden nichts gemein hat: „Wenn ein Bär entsprungen ist und in dieser Situation („sic“) Schaden gestiftet hat, so kann der einseitige (quondam) Herr des Bären nicht mit der actio de pauperie in Anspruch genommen werden, eben weil er aufgehört hat, Herr des Bären zu sein.“ Der Mangel eines passiv Legitimierten ist also der Grund (quia) der Klageversagung. Und die mit dieser Exemplifizierung illustrierte Rechtsregel: „in bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet“ wäre daher dahin zu deuten: weil „bestiae“ keinen Herrn haben, so findet bei Beschädigungen durch sie die a. d. p. nicht statt.

Haben denn aber, so wird man fragen, bestiae nicht auch zu Zeiten einen Herrn? Doch sicherlich! Man denke nur an

die in Tiergärten gehaltenen oder an die für die ludi herbeigeschafften. Und auch das hier mit „ideo" angeknüpfte Beispiel spricht ja ausdrücklich von dem entsprungenen Bären und versagt die Klage, weil alsdann ein Herr nicht mehr vorhanden ist (desinit dominus esse).

Solange „bestiae" noch einen Herrn haben, haftet daher dieser auch für ihre Schädigungsakte, wie auch der Scholiast zu den Basiliken zutreffend bemerkt: *εἰ δὲ μείνῃ δεσπότης κατέχεται* [1]).

Danach gewinnt die allgemein vorangeschickte Bemerkung „in bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet", als deren Ausfluß (et ideo) die Spezialentscheidung sich darstellt, eine ganz neue Beleuchtung. Die „natürliche Wildheit" kann in diesem Zusammenhange nichts anderes besagen wollen, als der wilden Tieren ihrer Natur nach angestammte Zustand der Herrenlosigkeit.

In sprachlicher Hinsicht ist diese Deutung der „naturalis feritas" freilich eine Singularität. Aber etwas Entscheidendes dürfte nicht gegen sie sprechen, wenn man die Bedeutung, in welcher „natura fera" in den Quellen gebraucht wird, in Erwägung nimmt.

Es wird genügen, hierfür auf § 12 Inst. II, 1 und l. 5 §§ 2, 5, 6 D. XLI, 1 zu verweisen. Dort wird von der

1) Gleichzeitig wird damit klar, daß die Meinung derjenigen, welche die actio de pauperie nur für zahme Tiere zulassen wollen, auch in l. 1 § 10 D. IX, 1 keine Stütze findet. Hingegen spricht für die Gegenmeinung einmal sprachlich das Wort quadrupes, welches doch offenbar lediglich „Vierfüßler" bedeutet, und die l. 1 § 2 D. IX, 1, in der es heißt: quae actio ad omnes quadrupedes pertinet. Danach ist auch das in l. 4 D. IX, 1 gegenübergestellte aliud animal nicht ein wildes, sondern ein „zweifüßiges" Tier. Man braucht daher § 1 Inst. IV, 9, eine Stelle, in die man trotz l. 130 D. L, 17 wohl Bedenken setzen mag, gar nicht mehr heranzuziehen.

„in bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet: et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit: et ideo et si eum occidi, meum corpus est.“

Hier ist von einer gegensätzlichen Gegenüberstellung der Ausdrücke „naturalis feritas“ und „contra naturam“ nichts zu erblicken. Das contra naturam findet sich schon zu Beginn des § 7 h. t. in der dort gegebenen allgemeinen Regel: „et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit.“ Dies wird dann in den §§ 7 und 8 illustriert und gegen Tatbestände aquillischer Haftung abgegrenzt.

Alsdann beginnt ein ganz anderer Gedankengang; denn der § 9 besagt, daß auch eine pauperies nicht corpore quadrupedis data zu sein braucht — was offenbar mit der Frage, wann ein Tier contra naturam zu der schädigenden Handlung veranlaßt (mota) ist, gar nichts zu tun hat.

Nunmehr setzt wiederum eine neue Betrachtung ein, die auch mit der unmittelbar vorhergehenden nichts gemein hat: „Wenn ein Bär entsprungen ist und in dieser Situation („sic“) Schaden gestiftet hat, so kann der einseitige (quondam) Herr des Bären nicht mit der actio de pauperie in Anspruch genommen werden, eben weil er aufgehört hat, Herr des Bären zu sein.“ Der Mangel eines passiv Legitimierten ist also der Grund (quia) der Klageversagung. Und die mit dieser Exemplifizierung illustrierte Rechtsregel: „in bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet“ wäre daher dahin zu deuten: weil „bestiae“ keinen Herrn haben, so findet bei Beschädigungen durch sie die a. d. p. nicht statt.

Haben denn aber, so wird man fragen, bestiae nicht auch zu Zeiten einen Herrn? Doch sicherlich! Man denke nur an

die in Tiergärten gehaltenen oder an die für die ludi herbeigeschafften. Und auch das hier mit „ideo“ angeknüpfte Beispiel spricht ja ausdrücklich von dem entsprungenen Bären und versagt die Klage, weil alsdann ein Herr nicht mehr vorhanden ist (desinit dominus esse).

Solange „bestiae“ noch einen Herrn haben, haftet daher dieser auch für ihre Schädigungsakte, wie auch der Scholiast zu den Basiliken zutreffend bemerkt: *εἰ δὲ μείνῃ δεσπότης κατέχεται* [1]).

Danach gewinnt die allgemein vorangeschickte Bemerkung „in bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet“, als deren Ausfluß (et ideo) die Spezialentscheidung sich darstellt, eine ganz neue Beleuchtung. Die „natürliche Wildheit“ kann in diesem Zusammenhange nichts anderes besagen wollen, als der wilden Tieren ihrer Natur nach angestammte Zustand der Herrenlosigkeit.

In sprachlicher Hinsicht ist diese Deutung der „naturalis feritas“ freilich eine Singularität. Aber etwas Entscheidendes dürfte nicht gegen sie sprechen, wenn man die Bedeutung, in welcher „natura fera“ in den Quellen gebraucht wird, in Erwägung nimmt.

Es wird genügen, hierfür auf § 12 Inst. II, 1 und l. 5 §§ 2, 5, 6 D. XLI, 1 zu verweisen. Dort wird von der

---

1) Gleichzeitig wird damit klar, daß die Meinung derjenigen, welche die actio de pauperie nur für zahme Tiere zulassen wollen, auch in l. 1 § 10 D. IX, 1 keine Stütze findet. Hingegen spricht für die Gegenmeinung einmal sprachlich das Wort quadrupes, welches doch offenbar lediglich „Vierfüßler“ bedeutet, und die l. 1 § 2 D. IX, 1, in der es heißt: quae actio ad omnes quadrupedes pertinet. Danach ist auch das in l. 4 D. IX, 1 gegenübergestellte aliud animal nicht ein wildes, sondern ein „zweifüßiges“ Tier. Man braucht daher § 1 Inst. IV, 9, eine Stelle, in die man trotz l. 130 D. L, 17 wohl Bedenken setzen mag, gar nicht mehr heranzuziehen.

Occupation herrenloser Tiere gehandelt und von den Bienen, Pfauen und Tauben gesagt, daß ihre „natura fera“ sei, die der Hühner und Gänse aber nicht, während es hinwiederum von den Hirschen heißt „quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat“. Die aus dieser Unterscheidung gezogene Konsequenz ist eine Verschiedenheit der Rechtsfolge. Die Tiere mit „natura fera“ gelten, wenn sie nicht von jemand eingefangen sind oder von diesem derart gehalten werden, daß sie den animus (= consuetudo) revertendi haben, als beliebig occupierbar, die anderen Tierarten, z. B. die anseres et gallinae, verbleiben dem Eigentümer, auch wenn sie noch so weit von ihm versprengt sind. Den Grund dieser Entscheidungen enthält der bekannte Satz des Gaius (l. 3 § 2 D. h. t.): „quidquid autem eorum ceperimus eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coërcetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.“

Die Rechtsanschauung ist also diese:

Diejenigen Tiere, deren Natur als fera zu bezeichnen ist, leben von Natur in Freiheit; nur sie können sich daher überhaupt in eine ihnen von Natur zukommende Freiheit — die naturalis feritas — zurückziehen.

Daß „ferus“ hier aber nicht etwa auf eine Wildheit im Sinne von „Bösartigkeit“ weist, geht ganz klar aus der Aufzählung der Tiergattungen hervor. Die Taube hat doch jedenfalls keine in diesem Sinne größere „Wildheit“ als die Hausgans oder das Haushuhn. „Ferus“ heißt hier also wild im Sinne von „nicht gehalten“, ein Sprachgebrauch, der auch uns nicht fremd ist, wenn wir von „wilden Tauben“, „wilden Enten“ sprechen oder sagen, daß der Kanarienvogel auf den Kanarischen Inseln „wild“ vorkommt.

Unter Uebertragung dieser sprachlichen Deutung auf die in Rede stehende Digestenstelle wäre diese sinngemäß so wiederzugeben: „Bei ‚bestiae‘, wenn sie sich in ihrer natürlichen Freiheit befinden, findet um deswillen die actio de pauperie nicht statt.“ Natürlich; denn für ihre Schädigungsakte kann ein dominus nicht belangt werden, da keiner vorhanden ist — sei es, weil die „bestiae“ noch niemals einen Herrn hatten, sei es, daß sie wegen Rückkehr in die Freiheit und damit zur natürlichen „Wildheit“ nunmehr aufgehört haben, einem Herrn zu gehören[1]). Zu der zweiten Alternative paßt das Beispiel von dem entsprungenen Bären durchaus, während es völlig sinnlos erscheint, wenn es ein Zessieren der actio wegen der natürlichen Bösartigkeit der bestiae erläutern sollte. Nicht nur daß alsdann die Schadensstiftung eines entsprungenen Bären (et sic nocuit) zu betonen müßig wäre, so gibt ja auch der Jurist noch eine Spezialbegründung für die Entscheidung mit den Worten „quia desinit dominus esse, ubi evasit“.

Weiterhin erhellt hieraus, daß diese Entscheidung des Rechtsfalls nicht das geringste damit zu tun hat, ob und wann ein Tier „contra naturam“ zur Schadensstiftung veranlaßt ist. Aus welchem Anlaß die in ihrer naturalis feritas befindliche bestia Schaden stiftet, hat § 10 D. h. t. ganz außer acht gelassen und mit gutem Grunde: denn der Mangel

---

1) Daß hiebei der animus revertendi eine Rolle spielen kann, erkennt Placentinus, Summa Inst. IV, 9 richtig: „ecce enim si ursus fugit et cum fugerit vel post fugam consummatam nocuit, novus dominus non tenebitur, sed nec vetustior, etiamsi postea eum apprehenderit: nisi forte redierit, cum forte redire solitus fuerit. — Eine richtigere Beobachtung der Lebensverhältnisse scheint mir jedoch BGB. § 960 zu enthalten, wenn es den animus revertendi nur bei gezähmten, ursprünglich wild gewesenen Tieren berücksichtigt.

eines Passivlegitimierten muß natürlich, unabhängig von allem anderen, in jedem Falle zur Versagung der Klage führen.

Treten wir mit dieser Erkenntnis nunmehr wiederum an die fragliche Institutionenstelle heran, so werden wir jedenfalls das eine sagen dürfen, daß ihr Verfasser bei der kompendiösen Wiedergabe des Inhaltes der Digestenstelle möglichst unglücklich verfahren ist.

Infolge der Antithese von contra naturam und genitalis feritas scheint der mit haec autem beginnende, mit cessat endigende Satz, wenn man ihn für die Erklärung ganz isoliert betrachtet, in der Tat das zu besagen, was die oben besprochene Glosse des Accursius aus ihm herausgelesen hat. Ist dem aber so, dann wird man sich vergeblich fragen, was hierbei das mit „folglich" (denique) angeknüpfte Beispiel solle, und dies um so mehr, als der ursus, dessen genitalis feritas doch außer Zweifel ist, im § 1 Inst. h. t. wieder unter den Tieren figuriert, bei welchen die actio de pauperie gewährt werden kann.

Dieser Eindruck wird verstärkt durch die Art, in welcher die dem Theophilus zugeschriebene Paraphrase die einschlägige Stelle umschreibt[1]):

„χώρα δέ ἐστι τῷ νοξαλίῳ δωδεκαδέλτῳ ἐπὶ ἐκείνων τῶν ζώων, ἅτινα παρὰ φύσιν ἀγριούμενα ἕτερον βλάπτει. εἰ γὰρ ἔμφυτος αὐτοῖς ἐστιν ἡ ἀγριότης, ἀργεῖ ὁ δωδεκάδελτος. ἀμέλει ἐὰν ἄρκτος φύγῃ καὶ ἕτερον βλάψῃ, ὁ γεγονὼς αὐτοῦ[2]) δεσπότης οὐ κατέχεται τῇ νοξαλίᾳ. διὰ τοῦτο δὲ εἶπον ‚ὁ γεγονὼς', ἐπειδὴ φυγοῦσα αὕτη εἰς τὴν φυσικὴν ἀνέδραμεν ἐλευθερίαν καὶ ἐπαύσατο τοῦ δεσπόζεσθαι."

---

1) Ausgabe Ferrini (1897) 455/456.

2) Bei Ferrini heißt es αὐτῆς.

Die beiden ersten Sätze enthalten nämlich eine fast wortgetreue Wiedergabe der entsprechenden Institutionenstelle und unterstützen mit den Worten „ἔμφυτος αὐτοῖς ἐστιν ἡ ἀγριότης“ sogar die glossatorische Auffassung durchaus. Nun aber biegt die Paraphrase vom Originale plötzlich erheblich ab und zeigt damit deutlich, daß ihr Verfasser die eklatante Unstimmigkeit des Bärenbeispiels sehr wohl empfunden und versucht hat, diesen Stein des Anstoßes fortzuräumen.

Daß der Bär auf der Flucht (sic) einen Schaden angerichtet hat, wird verschleiert, ebenso daß die Worte „quia desinit dominus esse“ als der eigentliche und speziale Grund der Klageversagung erscheinen. Die Paraphrase stellt es vielmehr so dar, als würde die Klage ganz allgemein deshalb versagt, weil eben ein fliehender Bär, also zufolge einer ἔμφυτος ἀγριότης, geschadet hat und als diente jene Spezialbegründung nur zur Erklärung der vom Paraphrasten in Abweichung von dem Institutionenverfasser erst eingefügten Zusatzes „διὰ τοῦτο δε εἶπον ὁ γεγονώς“.

Nichtsdestoweniger wird es nicht zwingend auszuschließen[1]) sein, daß der Paraphrast richtig zum Ausdruck bringt, was der Institutionenverfasser hat sagen wollen. Sicherlich hätte dieser zwar alsdann den Inhalt des entsprechenden Digestentitels falsch wiedergegeben. Dies allein würde uns aber nicht davon befreien, seine doch mit Gesetzeskraft versehene Meinung als maßgeblich für den römischen Rechtszustand anzuerkennen.

Aber andererseits: nicht was der Institutionenverfasser hat sagen wollen, sondern was in der Institutionenstelle gesagt ist, bleibt das Entscheidende. Denn es spricht

1) Wahrscheinlicher ist mir freilich, daß die Institutionenverfasser sich über die Unstimmigkeit gar nicht klar geworden sind, und daß daher auch aus diesem Grunde die Person des Paraphrasten (trotz der für Theophilus zeugenden Scholien des 6. Jahrhunderts) nicht unter ihnen zu suchen ist.

ja das Gesetz zu uns „in omne aevum valitura et una cum constitutionibus pollens“.

Es ist daher zuzusehen, was sich nach den Regeln richtiger Auslegung als Gesetzesinhalt der Institutionenstelle ergibt.

Hierbei ist zu erwägen, daß die Deutung von „genitalis“ feritas durch das mit denique angeknüpfte Beispiel entscheidend bestimmt ist [1]), und daß der Sinn kein anderer sein kann als in dem entsprechenden § 10 D. IX, 1, zumal die Gleichsetzung von genitalis und naturalis feritas (wie bereits ausgeführt wurde) sprachlich unbedenklich ist.

Da aber weiterhin die Antithese zwischen genitalis feritas und contra naturam moveri unzweifelhaft vorhanden ist, so besagt der Satz der Institutionen einfach folgendes:

Die actio de pauperie entfällt bei Tieren, welche in ihrer natürlichen Freiheit geschadet haben; hingegen wird sie gegeben bei Tieren, welche gegen (ihre) Natur gereizt sind [2]) (und so geschadet haben).

Danach könnte es scheinen, als meinten die Institutionen, es sei überhaupt gegen die Natur der gehaltenen Tiere, zur Schadensstiftung gereizt zu werden, und als hätten sie — von dieser unzutreffenden Ansicht ausgehend — bindend bestimmt, überall da, wo gehaltene Tiere Schaden gestiftet haben, die actio de pauperie zu gewähren.

Es ist daher ganz bezeichnend, daß diese Meinung im Prinzipe vertreten worden ist [3]). Aber mit ihr geriete man in

1) Dies ignoriert die glossa ordinaria und gewinnt daher den Sinn von contra naturam moveri lediglich aus der Antithese zur genitalis feritas. Das falsche Ergebnis wird dann einfach auf die Digestenstelle übertragen. Hier liegt die Wurzel des Irrtums, der sich weiterhin in der Pandektendoktrin immer fortpflanzt.

2) Ob für das „contra naturam moventur“ eine bessere Lösung zu finden ist, muß hier noch dahingestellt bleiben.

3) Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien (1887) S. 148, 152/154.

einen krassen Widerspruch zu der entsprechenden Digestenstelle, in welcher Beschädigungen durch gehaltene Tiere, und zwar zumeist Haustiere, besprochen werden, und wobei dennoch die actio zuweilen versagt wird. Die meisten dieser Fälle erledigen sich freilich dadurch, daß alsdann der Tatbestand der actio legis Aquilliae gegeben ist, weil infolge Verschuldens eines Menschen der Schade mitverursacht worden ist.

Aber hiemit wird nicht die von Ulpianus gebilligte Entscheidung des Quintus Mucius erklärt (l. 1 § 11 D. IX, 1): „cum arietes aut boves commisissent et alter alterum occidit . . ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio." Denn hier weist nichts auf die Schuld eines Menschen.

Danach wird es von Interesse, ob wir dann zu jener Auslegung der Institutionenstelle gezwungen sind, oder ob sich nicht mit den Worten der Gesetzesvorschrift auch eine solche Divergenz vermeidende Deutung finden ließe. Wir glauben letzteres bejahen zu dürfen.

Freilich kann der Sinn der dort gegebenen Rechtsregel nur aus der mit ceterum eingeleiteten Gegenüberstellung verstanden werden; aber in diesem Gegensatze erschöpft er sich auch. Man wird daher sagen dürfen: Nicht überall da, sondern nur da, wo gehaltene Tiere geschadet haben, kann die actio de pauperie gegeben werden.

Der Zustand des Gehaltenseins ist also lediglich eine conditio sine qua non für die Gewährung der Klage. Ueber etwaige weitere Haftungsvoraussetzungen bestimmt die Institutionenstelle überhaupt nichts. Insoweit wäre also eine Ergänzung durch die Vorschriften des betreffenden Digestentitels unter Vermeidung eines Widerspruches möglich. Denn die Institutionenstelle spricht danach lediglich die zwar recht platte, aber doch unanfechtbare Rechtsregel aus, daß beim

Fehlen des Tierhalters, also des Passivlegitimierten, die actio nicht gegeben werden kann. Sofort aber entsteht alsdann die weitere Frage, ob wir mit Rücksicht auf die Institutionen das „contra naturam“ der l. 1 § 7 D. h. t. im gleichen Sinne, wie dort, zu deuten haben. Aus der Intention des Institutionenverfassers heraus wäre die Frage sicherlich zu bejahen; hat er doch (wie oben bereits ausgeführt wurde) offenbar aus der Digestenstelle geschöpft und dort den § 7 der lex 1 so verstanden, wie es in den Institutionen dann zum Ausdruck gekommen ist. Er hat also gemeint, hier dasselbe zu sagen, was dort gesagt ist, und hat das von ihm für identisch gehaltene Ergebnis pr. Inst. IV, 9 gesetzlich deklariert[1]).

Aber für uns ist nicht von Belang, was der Institutionenverfasser gewollt, sondern was er getan hat. Und finden wir, daß die von ihm gegebene Regel sachlich mit der l. 1 § 7 D. h. t. in keinem Zusammenhange steht, so kann diese Vorschrift von jener nicht deshalb inhaltlich abhängig gemacht werden, weil hier und dort (teilweise) die gleichen Worte gebraucht sind und weil der Verfasser des pr. Inst. IV, 9 meinte, hiemit das nämliche auszudrücken, was in jenem § 7 steht.

Danach dürfen wir die Institutionenstelle für die Deutung der l. 1 § 7 D. h. t. und der dort gebrauchten Worte „contra naturam fera mota“ einfach ausschalten.

1) Eisele, Dogmat. Jahrb. 24, 489 meint: „Daran aber, daß in den Institutionen eine bindende Vorschrift über die Auslegung der Regel in l. 1 § 7 D. h. t. habe gegeben werden wollen, ist nicht zu denken, und ohne solche bindende Absicht kann auch von authentischer Interpretation keine Rede sein.“ Aber der Institutionenverfasser sah in der Digestenstelle offenbar gar keine einer Interpretation bedürftige Unklarheit. Er wollte einfach die Digestenvorschrift in kompendiöser Lehrbuchmanier wiedergeben, und seine dabei etwa fehlende „bindende Absicht“ wäre jedenfalls durch den § 23 der const. Tanta als ersetzt zu erachten.

Nur aus sich selbst verstanden aber ergibt die Digestenvorschrift unzweideutig, daß von der Unterscheidung, ob ein in Freiheit lebendes oder ein gehaltenes Tier geschadet hat, gar keine Rede ist.

Dies wird sofort aus den mit ideoque at angeknüpften Beispielen klar: Wenn ein Pferd vor Schmerz mit dem Huf schlägt, dann soll der, welcher es geschlagen oder verwundet hat, mit der actio in factum haften, wogegen die actio de pauperie gewährt wird, wenn ein Pferd auf Streicheln oder Klopfen ausgeschlagen hat.

Das Unterschiedliche der beiden Beispiele liegt offenbar nicht in dem Gehaltensein oder Nichtgehaltensein des schädigenden Tieres — handelt es sich doch in beiden Fällen um ein gleiches, typisches Haustier.

Somit ist die gedankliche Trennung der Institutionen- und der Digestenstelle evident. Der Glossenzusatz „sui generis" nimmt aber, an die genitalis feritas anknüpfend, von der Institutionenstelle her seinen Weg. Und für diese gibt er auch einen leiblichen Sinn, der freilich in den Ausführungen des Accursius — hauptsächlich wohl wegen Verkennens des grammatikalischen Zusammenhanges (contra naturam mota) — nicht klar zum Ausdrucke gelangt ist. Man könnte nämlich so deduzieren. Da den Römern gewisse Gattungen von Tieren als von Natur in Freiheit lebend (§§ 2, 5, 6 D. XLI, 1), die anderen alle als „gehalten" erscheinen, so ist das Gehaltenwerden der Tiere und die ihnen damit nach der Meinung des Institutionenverfassers zukommende Eigenschaft, nicht zur Schadensstiftung gereizt zu werden, natürliche Eigenschaft des ganzen genus. Insofern trifft der Zusatz den Sinn der Institutionenstelle [1]). Die ganze Betrachtungsweise kann aber für

1) Hinsichtlich der „gehaltenen" wilden Tiere stimmt das freilich nicht, und auch diesen scheinen doch die Institutionen l. c. die Eigen-

die Digestenstelle natürlich gar nicht in Frage kommen. Für sie ist daher das „sui generis“ als ein für die Interpretation verwertbarer Zusatz schlechtweg abzulehnen.

Somit scheiden die zahlreichen Deutungen aus, welche mit dem contra naturam sui generis operieren.

Von den danach verbleibenden Lösungsversuchen ist zunächst der von Schoemann[1]) sicherlich verfehlt. Dieser will nämlich das contra naturam auf den Akt der Beschädigung selbst beziehen. Gewisse Handlungen des Tieres, so meint er, seien bereits an sich secundum naturam schadenstiftend, so z. B. das Abweiden; andere würden es erst durch hinzutretende zufällige Umstände, und insofern sei dann der Schade contra naturam entstanden.

Aber diese Auslegung der Quellen ist schon grammatisch unzulässig; denn das contra naturam muß mit moveri bezw. mota in Verbindung gebracht und somit auf die Veranlassung zum Akte, nicht auf den Akt selbst bezogen werden. Dies illustriert auch die Paraphrase (des Theophilus) mit den Worten „ἐπὶ ἐκείνων τῶν ζώων, ἅτινα παρὰ φύσιν ἀγριούμενα ἕτερον βλάπτουσιν“. Und es kommt des weiteren in dem Scholion des Cyrillus zu Bas. LX, 2, 1 (l. 1 pr. D. IX, 1) zum Ausdruck[2]), wenn dort gesagt wird: „ὅτε κινηθὲν παρὰ φύσιν ζῶον βλάψῃ“.

Bei weiteren Deutungsversuchen ist offenbar eine inhaltliche Verknüpfung des „commota feritate“ (im § 4 D. h. t.) und des „contra naturam mota“ angestrebt worden.

Die actio de pauperie soll danach stattfinden, wenn das Tier infolge „Wildheit, die über das gewöhnliche Maß hinaus-

---

schaft zuzuschreiben, zur Schadensstiftung nicht gereizt zu werden, wie man wohl aus dem mit „denique“ beginnenden Satze folgern müssen wird.

1) Handbuch des Zivilrechts (1806) 197 ff.

2) Heimbach, Basilicorum libri LX, Tom. 5 (1850), 256.

geht"[1]) oder „aus ungewöhnlicher Bosheit oder Erregtheit"[2]) Schaden gestiftet hat. Oder es wird die „Unnatürlichkeit" in etwas anderem Sinne genommen und verlangt, daß das Tier aus sich ohne eine äußere Veranlassung den Schaden verursacht hat[3]).

Diese Meinungen lassen sich mit der l. 1 § 7 D. h. t. gegebenen Entscheidung allenfalls zusammenbringen: denn wenn ein Pferd gestreichelt wird und daraufhin ausschlägt, so könnte man vielleicht sagen, daß eine genügende äußere Veranlassung für das tierische Verhalten nicht gegeben war, und dieses daher aus einer besonderen Bösartigkeit oder Erregtheit des Pferdes erklärt werden müsse.

Aber unvereinbar hiermit bleibt die Entscheidung des Alfenus Varus in l. 52 § 2 D. ad leg. Aqu. IX, 2:

Die Maultiere des vorderen zweier hintereinander bergan fahrenden Wagen scheuen. Der Wagen geht zurück, stößt auf den unteren Wagen, welcher nun gleichfalls zurückrollt und einen Sklaven erdrückt. Alsdann wird die actio de pauperie gegen den Eigentümer der Maultiere gegeben. Hier aber hatten die Tiere sicherlich eine äußere Veranlassung für ihr Verhalten; sie scheuten (reformidassent) eben vor irgend etwas.

Ferner: Von „Bösartigkeit" kann beim Scheuen ohnehin nicht die Rede sein, aber auch für die Annahme einer „außergewöhnlichen Erregung", die etwa das Scheuen herbei-

1) So beispielsweise Arndt, Pandekten § 324; Wächter, Pandekten 2, 495; Vangerow, Pandekten 3, 619; Keller, Pandekten 2 § 385.

2) Brinz, Pandekten § 341; Dernburg, Pandekten 2 § 133.

3) Sintenis, Zivilrecht 2, 791. Lediglich eine Kombination dieser und der vorerwähnten Meinung ist die Ansicht von Hieronimi, Die Haftung des Eigentümers für sein Tier nach römischem Rechte, Erl. Diss. (1897) 30.

geführt hätte, bietet die Stelle nicht den geringsten Anhalt. Freilich das Scheuen selbst bewirkt einen Erregungszustand. Das ist aber nicht das Entscheidende; denn ein solcher wird doch offenbar auch bei dem Pferde hervorgerufen, welches jemand percusserit aut vulneraverit, und dennoch führt die Tierestat hier nicht zur actio de pauperie, sondern (nach der besonderen Lage des Falles) zur actio legis Aquilliae in factum.

Nun hat aber Eisele, auf dessen wertvolle Untersuchungen hier bereits mehrfach Bezug genommen werden durfte, auch einen eigenen neuen und interessanten Weg zur Lösung der bestehenden Schwierigkeiten betreten. Er folgert (a. a. O. 485) insbesondere aus l. 1 § 5 D. h. t. und aus l. 8 § 1 D. IX, 2, wo es sich doch nur um eine fikticische culpa handle, als Meinung der justinianischen Kodifikation dieses: „Für Schaden, der verursacht ist in der Weise, daß ein Mensch und ein Tier zusammen die zur Herbeiführung des Schadens erforderlichen ursächlichen Momente gesetzt haben, haftet der betreffende Mensch ex lege Aquillia, auch ohne daß ihm ein Verschulden nachgewiesen werden kann."

Von dieser Regel sollen, nach Eisele, einzelne Ausnahmen gemacht worden sein[1]) und als solche sei auch die l. 1 § 7 D. IX, 1 zu begreifen. Wenn nämlich ein Tier in schadenbringender Weise tätig geworden sei unter Zutun eines Menschen, aber so, daß die Art, wie das Tier auf das menschliche Verhalten reagierte, unnatürlich war, also schlechterdings nicht erwartet werden konnte, so bleibe der betreffende Mensch von der Haftung ex lege Aquillia frei.

Eisele sieht also in l. 1 § 7 l. c. nicht die Grenzlinie gegen das Gebiet der Nichthaftung, sondern die zwischen der

1) Die beiden weiteren Ausnahmen, die Eisele arg. l. 1 § 5 h. t. und in l. 52 § 2 D. IX, 2 findet, interessieren hier nicht.

noxalen und der aquillischen Haftung. Die weiteren Ausführungen werden zeigen, daß in seiner Meinung ein richtiger Kern steckt und daß er mit ihr den hier maßgeblichen Gedanken sozusagen unbewußt in der Hand gehalten hat. Als Ganzes genommen aber muß seine Meinung wie seine Beweisführung abgelehnt werden.

Beides steht und fällt, so viel leuchtet ohne weiteres ein, mit dem behaupteten Prinzipe des römischen Rechts, daß der Mensch ohne Rücksicht auf culpa unbeschränkt hafte, wenn er mit einem Tiere zusammen den Schaden verursacht habe. Denn bestand das Prinzip nicht, so fehlte es natürlich auch an jedem Anlaß, eine solche „Ausnahme" vorzuschreiben, und die hier interessierende l. 1 § 7 D. IX, 1 dürfte alsdann nicht unter diesem Gesichtspunkte aufgefaßt werden.

Betrachten wir also die beiden Beweisstellen Eiseles.

In l. 1 § 5 D. h. t. liegt folgender Sachverhalt vor: Jemand führt einen Hund, dieser entwischt infolge seiner Wildheit und beschädigt einen anderen Menschen. Ulpianus entscheidet: Die actio de pauperie findet nicht statt, sondern es wird die aquillische Klage gegen den Führer des Hundes (qui canem tenebat) gegeben, „si contineri firmius ab alio poterit vel si per eum locum induci non debuit." Daß die zweite Hälfte des Bedingungssatzes direkt gegen Eisele zeugt, wird nicht bestritten werden. Denn die Bedeutung von debere als „sollen" oder „dürfen" in den Quellen ist ebenso häufig wie unbedenklich. Wird danach die aquillische Haftung davon abhängig gemacht, daß der Hund „über jenen Ort" (an welchem er sich losriß) „nicht hätte geleitet werden sollen", so ist damit klar zum Ausdruck gekommen, daß für die Haftungsvoraussetzung eine bloß kausale Beziehung zwischen Mensch und Schaden nicht ausreicht, sondern daß weiterhin eine normative Wertung dieser Beziehung maßgeblich ist.

Nicht also weil der Mensch durch Führen des Hundes an jenem Orte den Schaden verursacht hat, sondern weil das menschliche Verhalten pflichtwidrig, also schuldhaft war, wird die Klage gewährt.

Nicht so deutlich ist die erste Hälfte des Konditionalsatzes. Das „si contineri firmius ab alio poterit" enthält lediglich dem Wortsinne nach und für sich betrachtet nichts, was zur Abgabe eines ethischen Unwerturteils, welches das essentiale des Schuldbegriffes in seiner Reinheit bildet, berechtigen würde.

Hier hilft die zweite Beweisstelle Eiseles weiter (l. 8 § 1 ad leg. Aq. IX, 2):

> „Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpae nomine teneri. idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram. idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit."

Merkwürdigerweise findet Eisele darin das Zugeständnis, „daß hier unter Umständen von culpa . . nicht mehr gesprochen werden kann", und sieht in der Wendung „nec videtur iniquum" einen Rechtfertigungsversuch des Gaius.

Uns scheint die Stelle das gerade Gegenteil zu besagen, nämlich folgendes: Nicht jede infirmitas ist als culpa anzusprechen. In den hier in Rede stehenden Fällen geschieht es freilich, und dies ist auch nicht unbillig. Denn hier ist der Sachverhalt dahin zu beurteilen, daß der infirmus nach etwas strebt, bei dem er ein-

sieht (Vorsatz) oder einsehen sollte (Fahrlässigkeit), daß seine körperliche Schwäche den Mitmenschen gefährlich werden könne. Um die infirmitas der Schuld beizuzählen, ist es also wiederum notwendig, daß das Verhalten als pflichtwidrig gewertet wird.

Danach erscheint es aber mindestens hochwahrscheinlich, daß die infirmitas der l. 1 § 5 D. IX, 2 unter dem gleichen Gesichtspunkte zu nehmen ist, zumal der dort mit vel angeknüpfte zweite Konditionalsatz das Erfordernis der Pflichtwidrigkeit wieder unzweideutig betont. Auch hier ist also entscheidend, daß einem diligens paterfamilias das Entwischen des Hundes nicht passiert wäre; denn jener würde sich nichts zugetraut haben, was über seine Kräfte ging.

Somit vermögen wir aus jenen Stellen nichts anderes herauszulesen, als das, was die Pandektendoktrin im wesentlichen einhellig überhaupt als den culpa-Begriff der Quellen erkannt hat, nämlich ein Zurückbleiben hinter einer nach abstraktem Maßstabe[1]) zu bemessenden Sorgfalt (deren Anwendung den Schaden verhütet hätte).

1) Hier liegt die eigentliche Schwierigkeit des zivilistischen Fahrlässigkeitsproblems, welche weder im römischen Rechte noch späterhin, und bislang auch noch nicht im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelöst ist: Der Schuldbegriff enthält ein ethisches Werturteil; schuldhaft handelt, wer den Normen der (absoluten) Ethik zuwiderhandelt, deren Imperativ lautet: „Wolle das Gute um des Guten willen", d. h. Setze ethisch richtige Zwecke und tue dies aus Pflicht. Hiervon unterscheidet sich freilich das Recht prinzipiell insofern, als es keinesfalls mehr als ethisch richtige Zwecksetzung verlangt. Ob diese aus Pflicht oder aus Furcht vor Strafe, Hoffnung auf Lohn rc. geschieht, interessiert das Recht nicht. Es verlangt nur legales, nicht moralisches Handeln. Denn das Recht will eine für die Gesamtheit gedeihliche Regelung des äußerlich geordneten Zusammenlebens herbeiführen. Dazu ist es erforderlich, daß das Richtige angestrebt werde; denn schon das Setzen falscher Zwecke würde wegen deren möglicher oder sogar wahrscheinlicher Realisierung das Gemeinschaftsleben gefährden. Dagegen ist es dem Rechte gleichgültig, aus welchen Motiven (Gefühlen) die

Für die aquillische Haftung genügt es also keinesfalls, daß ein Mensch und ein Tier den Schaden zusammen ver-

---

Zwecksetzung erfolgt. Dort also, wo das Recht ethische Gesichtspunkte berücksichtigt, indem es von Schuld spricht, ist nur auf die ethische Qualität der Zwecksetzung zurückzugehen. — Diese Differenz zwischen Recht und Ethik macht aber für das Schuldurteil nichts aus; denn dieses ist ein Unwerturteil, enthält also eine Negative. Wiewohl also das Recht nur a, die Ethik hingegen a + b verlangt, genügt die Verneinung von a, d. h. ein Schuldurteil im Sinne des Rechts, um begriffsnotwendig gleichzeitig ein ethisches Unwerturteil auszulösen.

Solches ethisches Unwerturteil kann nun einleuchtenderweise nur über ein normal determinierbares menschliches Individuum gefällt werden. Du sollst; denn du kannst — ultra posse nemo tenetur! Danach kann ein Schuldurteil über einen Menschen niemals abgegeben werden, der alle ihm mögliche Mühe aufgewendet und trotzdem objektiv Mangelhaftes zu Wege gebracht hat. Auch die niederste Stufe des Verschuldens setzt also voraus, daß der Täter nach seiner Individualität in der Lage war, die von ihm geforderte Sorgfalt aufzubringen; nur Willens-, niemals Verstandes-Fehler können in Betracht kommen. Somit stellt jeder „objektivistische" Fahrlässigkeitsbegriff, d. h. jeder, welcher die Sorgfaltspflicht an einem abstrakten Maßstabe ohne Rücksicht auf die konkrete Individualität des Handelnden mißt, solange die Fahrlässigkeit als Schuldform gelten soll, eine contradictio in adiecto dar. Wenn im Zivilrechte im Gegensatze zum Strafrecht, die herrschende Meinung dennoch seit je daran festgehalten hat, so liegt das an folgendem: Die Schuldfrage interessiert hier als Prinzip der Schadenszurechnung. Ein Schade, der einer fremden Vermögenssphäre zugefügt ist, soll ausgeglichen werden. Der endgültige Schade muß also auf dem Schädiger oder dem Geschädigten sitzen bleiben. Hier erscheint es unbillig, den Schädiger frei ausgehen zu lassen, weil seine Individualität hinter dem abstrakten Durchschnittsmaße an Verkehrstüchtigkeit zurückbleibt, mit welchem der Gegenpart normalerweise rechnet und rechnen darf. Die Verkehrssicherheit erfordert es also, daß jeder für seine unternormale Individualität einstehe, d. h. den daraus resultierenden Schaden ersetze. Das (ethische) Mißbilligungsurteil richtet sich hier nicht sowohl gegen den Handelnden, der ja alles getan haben mag, was in seinen Kräften stand, wie gegen die Qualität der Handlung. Diese wird, losgelöst von der Individualität des Handelnden, als „objektivierte Zwecksetzung" betrachtet und gewertet. Es wird geurteilt, so zu handeln ist (objektiv) pflichtwidrig, gleichgültig ob der Handelnde es anders machen konnte und daher sollte. Dies ist

ursacht haben, sondern es ist mindestens notwendig, daß der haften sollende Mensch den Schaden mittels des Tieres in einer (von einem diligens paterfamilias) voraussehbaren Weise verursacht hat.

Und damit gewinnen wir allerdings auch eine neue Aufklärung für das „contra naturam moveri" als etwaiges Tatbestandsmerkmal einer Gruppe von Fällen noxaler Tierschädenhaftung im Gegensatze zur aquillischen.

Dies erklärt sich folgendermaßen: Ist ein Tierschaden entstanden, so wird zunächst untersucht, ob kulpose menschliche Mitwirksamkeit in Betracht kommt. Ist dem so, dann ist allemal ein glatter Weg für die Schadenszurechnung gegeben. Es wird alsdann „aquillisch" gehaftet, was der römischen Rechtsanschauung ohnehin prinzipiell bequemer lag, als eine Ersatzpflicht ohne Verschulden, und wobei der Geschädigte auch insofern günstiger stand, als er sich hier mit einer noxae datio nicht abfinden zu lassen brauchte [1].

---

in diesem Punkte im großen und ganzen die Grundanschauung des römischen und gemeinen und wohl auch die des neuen deutschen bürgerlichen Rechts, von welcher aus die „Fahrlässigkeit", genau genommen, freilich nicht mehr als Schuldform gelten kann. (In diesem Sinne von einer nur „fikticischen" Schuld auch in l. 8 § 1 D. IX, 2 und l. 1 § 5 D. IX, 1 zu sprechen, mag zutreffend sein.) Bei solchem objektivistischen Fahrlässigkeitsbegriff aber ist nicht einzusehen, warum jene Rechtsordnungen doch wieder auf die Individualität des Handelnden insofern zurückgreifen, als sie Kinder, Geisteskranke rc. als generell schuldunfähig betrachten. Neuestens ist freilich im Rechte des BGB. (§ 829) nichtsdestoweniger auch hier unter Umständen Ersatzpflicht möglich. — Als weitere Schwierigkeit erwächst die Abgrenzung dieser „fikticischen Schuld" von der bloßen „adäquaten Kausalität", mit der sie keinesfalls identisch ist.

Ich komme auf die ganzen Fragen in der Fortsetzung dieses Aufsatzes (vergl. S. 457/458) eingehend zurück.

1) Die wirtschaftspolitische Erwägung, daß andererseits die Belangung des dominus mit der actio de pauperie für den Geschädigten insofern zweckdienlicher sein kann, als hier die Realisierung seines Ersatzanspruches

Wenn daher Ulpianus bei einem Tierschaden, zu welchem das Tier contra naturam mota erscheint, allgemein (generaliter) die actio de pauperie gewähren will, so ist das Bedeutsame an dieser Entscheidung die Negative, d. h. die Tatsache, daß die actio legis Aquilliae grundsätzlich versagt wird, wenn zwar ein Mensch bei dem Verletzungsakte mitwirkte, das Reagieren des Tieres auf diese Mitwirksamkeit aber „contra naturam" war.

Dabei verbleibt freilich noch ein Bedenken:

Ein Pferd, welches auf Streicheln oder Klopfen hin ausschlägt (l. 1 § 7 h. t. i. f.), erscheint hiezu contra naturam mota, offenbar weil dies dem Erfahrungswissen der Menschheit von der Natur eines gewöhnlichen normalen Pferdes, also von der Natur der Gattung „Pferd" widerspricht. — Wie aber, wenn der Streichelnde wußte oder wissen konnte und sollte, daß dieses Pferd nach seiner individuellen Beschaffenheit daraufhin ausschlagen würde, und wenn er z. B. seine Kenntnis benutzt, um eine vorübergehende Person schlagen zu lassen? Alsdann haftet der Streichelnde selbstverständlich aquillisch. Auch hier ist die tierische Reaktion (nach der Quellenmeinung) doch gegen die Natur eines Pferdes, nur nicht gegen die individuelle Natur dieses Pferdes. Die letztere Negative trifft aber wiederum selbstverständlich stets zu, wo ein Pferd auf Streicheln hin ausschlägt; sonst hätte es dies eben nicht getan.

Die Schwierigkeit löst sich folgendermaßen: Wir hatten als unterste Grenze der aquillischen Haftung bei Tierschaden

---

wenigstens bis zur Höhe des Tierwertes zumeist sichergestellt sein wird, lag dem römischen Rechte wohl fern. Jedenfalls enthalten die Quellen keinen sicheren Anhalt für die vereinzelt von Thibaut (Pandekten 2 § 1164) und Glück (Pandekten 10, 274) vertretene Meinung, daß man nach fruchtloser Anstellung der actio legis Aquilliae gegen den kulposen Schädiger noch den dominus mit der actio de pauperie belangen dürfe.

angenommen, daß ein Mensch mittels des Tieres in einer von einem diligens paterfamilias voraussehbaren Weise Schaden gestiftet hat. Keine Rücksicht wird also bei dieser „objektivierten" Fassung des culpa-Begriffes auf die konkrete Individualität des Schädigers genommen, entscheidend ist vielmehr, was an seiner Stelle ein diligens paterfamilias vorausgesehen haben würde. Es muß jedoch andererseits die konkrete Situation des Schädigers mitberücksichtigt werden. Dies will besagen: Alle an sich nicht normalerweise voraussehbaren, aber vom Standpunkte der besonderen Position des Schädigers von einem diligens paterfamilias voraussehbaren Umstände sind gleichfalls in Betracht zu ziehen. — In den hier interessierenden Fällen ist also die dem Schädiger unter Umständen zu Gebote stehende vermehrte Erkenntnismöglichkeit der Individualität des Tieres für die Fragestellung mitzuverwerten und diese alsdann so zu fassen: Würde dieser Schädiger, wenn er als ein diligens paterfamilias gehandelt hätte, die Reaktion des Tieres und (damit) den Verletzungsakt vorausgesehen haben?

Und liegt der Fall so, daß dieser Schädiger die Individualität des Tieres gekannt und daher Reaktion sowie den Verletzungsakt vorausgesehen hat, so haftet er natürlich gleichfalls — und zwar wegen dolus — aquillisch. Bei dieser Sachlage braucht die Frage nach der Erkenntnismöglichkeit gar nicht erst aufgeworfen zu werden, und demgemäß erübrigt sich auch die Heranziehung des Maßstabes eines diligens paterfamilias.

Wiewohl es also sprachlich unzulässig wäre, das contra naturam mit contra consuetudinem wiederzugeben oder gar die Stelle als „contra naturam rerum[1]) mota" zu er-

---

1) Vergl. Gradenwitz, Königsberger Festgabe für Schirmer (1900) 151/152: „es kann, wie gezeigt, nichts ‚contra rerum naturam' sein, wohl aber ‚contra naturam' . . ."

gänzen und dies mit „ein schlechthin unerwartbares" Reagieren zu übersetzen, so gelangt man doch, wenn auch auf einem anderen, soeben aufgezeigten, Wege zu einem sachlich sehr ähnlichen Ergebnis.

Denn, wie dargetan wurde, ist das tierische Verhalten, wenn es contra naturam mota erscheint, ein solches, daß es auch von einem diligens paterfamilias nicht hätte vorausgesehen werden können. Das tierische Verhalten ist also ein nach Lage des konkreten Falles durchaus unerwartbares und schließt um deswillen die Möglichkeit aquillischer Haftung des mitwirkenden Menschen schlechterdings aus.

Eine weitere Schwierigkeit bleibt aber in dem angeblichen „Widerspruch" zwischen § 4 und § 7 der l. 1 D. IX, 1 bestehen: Im § 4 l. c. wird als Voraussetzung der actio de pauperie angeführt, cum commota feritate nocuit quadrupes, und als Beispiele hierfür, daß ein schlägiges Pferd schlägt oder ein stößiger Ochse stößt. Dies aber scheint in der Tat nicht zu dem anderen im § 7 aufgeführten Tatbestandsmerkmale zu stimmen: „quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit". Denn daß in den angeführten Beispielen das tierische Verhalten nach Lage des konkreten Falles ein schlechthin unerwartbares gewesen sein sollte, dafür fehlt es an jedem Anhalte. Im Gegenteil, die Betonung des „calcitrosus" ꝛc., scheint sogar darauf zu weisen, daß ein diligens paterfamilias bei diesem Tiere solche Verletzungsakte hätte erwarten können.

Die Lösung dürfte folgende sein:

Die beiden Stellen der l. 1 D. h. t. widersprechen einander in Wahrheit gar nicht, weil beide einen verschiedenen Tatbestand behandeln.

Servius Sulpicius nämlich, über dessen Meinung Ulpianus im § 4 l. c. referiert, beleuchtet eine ganz andere Seite der Frage, als sodann Ulpianus selbst im § 7. — Servius spricht von dem Schaden, den ein Tier commota feritate angerichtet hat, und will damit lediglich hervorheben, daß der Schädigungsakt auf einen Ausfluß tierischer Natur, nicht auf schuldhafte menschliche Mitwirksamkeit zurückzuführen ist. Mit gutem Bedacht wird danach hier vom equus calcitrosus, vom bos cornu petere solitus gesprochen, um gerade in diesen Beispielen deutlich zu machen, wie ein Tier (sozusagen) lediglich „aus sich heraus" Schaden stiften kann. Der Gedanke wird auch durch die Institutionenstelle pr. IV, 9 illustriert, wo es heißt: „Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint"... Denn es werden hier typisch tierische Eigenschaften aufgezählt, die in Verbindung mit der Undeterminierbarkeit des Tieres durch Motive die Anschauung jener Zeit über Art und Grund seiner spezifischen Gefährlichkeit für einen fremden Rechtsgüterkreis aufzeigen [1]).

Es mag zweifelhaft sein, ob nunmehr, mit den Worten „quod si" beginnend, bereits Ulpians Ausführungen einsetzen. Aber auch wenn man diese Gegenüberstellung der Tatbestände aquillischer Tierschädenhaftung noch dem Servius zuschreiben will, so würde daraus nur folgen, daß dieser zwei Seiten der Frage behandelt hat: einmal nämlich den ohne menschliche Mitwirkung entstandenen Tierschaden, welcher zur actio de pauperie gegen den Tiereigentümer führt, und zum zweiten den infolge schuldhafter [2]) menschlicher Mitwirkung

1) Vergl. Eisele a. a. O. 490/491, welcher diese Deutung aus anderen Gründen gleichfalls vertritt und auch auf die „οἰκεία ἀγριότης" im Scholion des Cyrillus hinweist.

2) Der äußere Aufbau der Stelle „quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis aut si plus iusto onerata quadrupes in

entstehenden Tierschaden, welcher als mittelbare Schadensstiftung durch den schuldigen Menschen gilt und daher die (analoge) aquilische Klage gegen diesen ermöglicht.

Hingegen hat sich Servius offenbar die Frage gar nicht vorgelegt, ob nicht auch trotz menschlicher Mitwirksamkeit die spezifisch tierische Gefährlichkeit in Aktion treten könne, so daß nicht die Menschentat, sondern die Tiertat als die wesentliche (= generell begünstigende) Bedingung des Verletzungsaktes erscheint. Diese, viel kompliziertere, Seite des Problems beleuchtet erst Ulpianus, indem er die Fälle untersucht, in welchen zwar ein Mensch mitwirkte, aber die hierauf erfolgende Reaktion des Tieres (im oben dargelegten Sinne) contra naturam war, so daß vom Standpunkte des Mitwirkenden aus Tierestat und Verletzungsakt als schlechthin unerwartbar bezeichnet werden muß[1]).

Alsdann fehlt es zunächst an der Grundlage für die aquilische Haftung, so daß in dieser Richtung dem Geschädigten ein Ersatzanspruch nicht erwachsen kann. Darum stellt ihm die Rechtsordnung einen anderen Behelf bereit, nämlich den (freilich noxal begrenzten) Anspruch gegen den Eigentümer des Tieres, falls sich in dem tierischen Verhalten die spezifische Tiergefahr realisierte.

---

aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur" kann irreführen, weil er auf eine dreigliedrige Disjunktive hinzuweisen scheint. In Wahrheit aber handelt es sich um eine Alternative, deren jedes Glied kumulativ gestaltet ist (a + b oder a + c). Die „loci iniquitas" ist vorhanden und führt nun zum Schaden entweder, weil den Maultiertreiber allgemein eine Schuld trifft (er achtet z. B. nicht auf den unebenen Weg, der sorgfältigere Führung erfordert hätte) oder, weil er das Tier mehr als billig beladen hat, ihn also insofern ein Verschulden trifft. — Die „iniquitas loci" allein weist doch auf niemandes Verschulden, kann also unmöglich zur actio legis Aquiliae führen.

1) Das „et" zu Beginn des § 7 der l. 1 IX, 1 ist danach wiederzugeben mit „und weiterhin".

Danach ergibt sich folgende Gruppierung im Systeme der Tierschädenhaftung:

I. Hat ein Tier commota feritate Schaden gestiftet (liegt also Realisierung der spezifischen Tiergefahr vor) und ist dies geschehen

1) ohne menschliche Mitwirkung, so haftet der Tiereigentümer noxal.

Quellenbeispiele: ein schlägiges Pferd schlägt, ein stößiger Ochse stößt, Maultiere werfen vor Unbändigkeit einen Lastwagen um (l. 1 § 4 D. h. t.); ein Tier reizt ein anderes zur Schadensstiftung (l. 1 § 8 h. t.); ein Maultier schlägt aus, als ein Pferd es beriecht (l. 5 D. h. t.)[1]); Maultiere scheuen u. s. w.. (l. 52 § 2 D. IX, 2).

2) unter menschlicher Mitwirkung, so haftet

a) wenn diese schuldhaft war, der Schuldige aquillisch.

Quellenbeispiele: l. 1 § 4, § 5, § 7 D. IX, 1.

b) wenn sie nicht schuldhaft war, der Eigentümer noxal.

In den Quellen wird der Gesichtspunkt, daß hier das tierische Verhalten contra naturam mota sein müsse, besonders betont, um die Unmöglichkeit aquillischer Haftung zu konstatieren, deren Tatbestände solchen noxaler Haftung gegenübergestellt werden. Beispiel: ein Pferd schlägt auf Streicheln oder Klopfen hin aus (l. 1 § 7 i. f. h. t.).

---

1) In l. 1 § 8 h. t. liegt der Gedanke zu Grunde, daß — si alia quadrupes aliam concitavit, ut damnum daret — in dem Verhalten des reizenden Tieres eine feritas (lascivia) zum Ausdruck kommt und daß ein Schädigungsakt des reizenden Tieres vorliegt, bei welchem das gereizte Tier lediglich als Instrument wirkt. Das reizende Tier erscheint als die wesentliche Bedingung zum Schaden. In ähnlicher Weise ist l. 5 h. t. zu erklären: Das Ausschlagen des Maultieres auf bloßes Beriechen durch das Pferd wird als Ausfluß tierischer Wildheit, als eine Realisierung der spezifischen Tiergefahr betrachtet. — Nicht auszuschließen ist übrigens, daß bei beiden Entscheidungen auch eine andersartige Anschauung mitspielt, die in l. 1 § 11 h. t. unzweideutig hervortritt. Hierüber siehe das im Texte weiter unten (S. 450/451) Folgende.

II. Hat ein Tier Schaden gestiftet, aber nicht commota feritate (liegt also keine Realisierung der spezifischen Tiergefahr vor), und ist der Schädigungsakt erfolgt

1) mit schuldhafter menschlicher Mitwirkung, so haftet der Schuldige aquillisch.

Quellenbeispiel: l. 1 § 4 h. t. quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata, quadrupes in aliquem onus everterit.

2) liegt keine schuldhafte, oder überhaupt keine menschliche Mitwirkung vor, so entfällt jede Haftung.

Quellenbeispiel: l. 52 § 2 i. f. D. IX, 2 .. quod si neque mulae, neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent, aut cum coniterentur lapsae concidissent, et ideo plostrum cessim redisset atque hi, quo conversum fuisset, onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum, neque cum hominibus esse actionem.

In dieser Gruppierung tritt jedoch das Bild, welches die Tierschädenhaftung im Justinianischen Rechte bietet, noch nicht vollständig in die Erscheinung. Dieserhalb bedarf es noch einiger zusätzlicher Bemerkungen:

I. Nicht zu erklären ist nach der soeben vorgenommenen Systematisierung zuvörderst die in l. 1 § 11 D. IX, 1 gegebene Entscheidung[1]: „cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio: . . .“

Daß jedes der kämpfenden Tiere, also auch das angegriffene, hier commota feritate handelt, d. h. daß auch bei diesem ein Ausfluß spezifisch tierischer Natur und insofern eine

[1] Die l. 2 § 1 h. t. ist hier unberücksichtigt geblieben; sie handelt offenbar gar nicht von der actio de pauperie, sondern von einem Falle aquillischer Haftung. Die Worte „canis nomine“ schließen dies nicht aus. Gut Hoeniger, Die actio de pauperie, Freib. Diss. (1898) 25/26.

Realisierung der spezifischen Tiergefahr vorliegt, leuchtet ein. Anderenfalls müßte man in die Stelle die Erwägung hineintragen, daß das angegriffene Tier an Maß und Art der Abwehr nur das zu seiner Verteidigung Erforderliche angewandt und dieserhalb „als Tier" hier nicht gefährlicher gewirkt habe, als etwa ein Mensch im gleichen Falle. Dies ist aber offenbar nicht die Meinung, und Quintus Mucius würde sicherlich beispielsweise die Klage gegen den Herrn des Stieres versagen, der einen Hund aufspießte, wenn der Hund zunächst den Stier leicht ins Bein gebissen hatte.

Es ist hier also ein anderer Gesichtspunkt maßgebend, als der der Realisierung der spezifischen Tiergefahr, nämlich der einer sozusagen „moralischen" Wertung des tierischen Gebarens: das angegriffene Tier handelt gewissermaßen vorwurfsfrei, sine „vitio" (wie Alfenus Varus l. 52 § 3 D. ad leg. Aquil. IX, 2 sagt), wenn es, angegriffen, sich verteidigt, sei es auch in tierisch-unverständiger Art und Stärke. Nicht auszuschließen ist auch, daß der nämliche Gedankengang in l. 1 § 8 und l. 5 IX, 1, sowie in l. 52 § 2 i. f. IX, 2 gleichfalls anklingt, wiewohl sich hier die oben vorgenommene Eingliederung unter I, 1) und II, 2) der systematischen Uebersicht rechtfertigen läßt.

Es ist wohl kein Zufall, daß die besonders signifikante Entscheidung in l. 1 § 11 h. t. von Quintus Mucius also aus einer mehr als dreihundert Jahre vor Ulpianus liegenden Rechtsepoche herrührt, und daß l. 5 IX, 1 und l. 52 § 2 IX, 2 auf Alfenus Varus, d. h. auf etwa zweihundertundfünfzig Jahre vor Ulpianus zurückgehen.

In dieser früheren Zeit der republikanischen Rechtswissenschaft scheint jene mit einer „Schuld" des Tieres operierende Anschauung noch nicht so stark verblaßt gewesen zu sein,

wie dies von der Periode der klassischen Juristen an der Fall war.

Aufzuklären bleibt aber auch bei dieser Annahme, warum denn jene Entscheidung des Scävola von Ulpianus gebilligt, und überhaupt die besprochenen Stellen von den Kompilatoren unbeanstandet herübergenommen worden sind. Hierfür braucht man den Grund gar nicht in der vielbeliebten „Einsichtslosigkeit der Kompilatoren" zu suchen, welche hier also die Verschiedenheit der rechtlichen Anschauungen in der republikanischen und in der klassischen Zeit nicht gewürdigt und daher eine Unstimmigkeit hineingetragen haben müßten, indem sie die aus historischen Gründen unvereinbaren Elemente zu einem systematischen Ganzen hätten fügen wollen.

Vielmehr ist es sehr wohl denkbar, daß die Kodifikation Justinians hier wie so oft, und mit vollem Rechte, die Einheitlichkeit der theoretischen Konstruktion zu Gunsten des praktischen Ergebnisses durchbrochen hat. Denn darüber kann kein Zweifel sein: mangels solcher Uebertragung der Notwehrgrundsätze (wie sie l. 1 § 11 h. t. einführt) kämen wir praktisch arg ins Gedränge. Wir müßten alsdann auch gegen den Herrn des angegriffenen Tieres die actio de pauperie gewähren, wenn dieses nun commota feritate zur Abwehr geschritten wäre, während der Herr frei ausginge, wenn er selbst etwa von einem Tiere angegriffen, es getötet hätte oder wenn er das sein Tier angreifende Tier getötet hätte.

Diese Schwierigkeiten sind in der Tat nicht zu vermeiden, sobald die Lösung einheitlich auf Grundlage der Theorie der „spezifischen Tiergefahr" erfolgen soll, und sie treten auch im modernen Rechte gerade in diesem Zusammenhange deutlich hervor [1]).

1) Ich verweise auf die Ausführungen in meiner Schrift: „Die Ersatzpflicht des Tierhalters" (1905) 95 ff. Was neuestens Oetker im „Ge-

Der Meinung der Kompilatoren werden wir sonach nur gerecht, wenn wir bei der oben aufgestellten Systematik zu I, 1) folgende Korrektur anbringen:

„Ausnahmsweise entfällt die Haftung, wenn zwar das Tier commota feritate Schaden stiftete, dies aber in Abwehr eines Angriffes eines anderen Tieres erfolgte."

II. Eine weitere Modifikation und zwar der oben zu II, 2) aufgestellten These ergibt sich bei richtiger Auffassung der sog. actio de pastu, wie sie sich bereits bei Eisele (a. a. O. 495/497) findet. Die dort vertretene Ansicht ist in ihren beiden Ergebnissen zu billigen. Es ist die Sonderexistenz einer actio de pastu anzunehmen, diese aber nur als ein spezialer Rechtsbehelf zu betrachten, aus welchem man durch Generalisation ein zweites Prinzip nicht machen darf.

Bei dieser wesentlichen Uebereinstimmung mit Eisele muß es genügen, auf seine Ausführungen hinzuweisen und sie nur in einigen Punkten zu ergänzen.

Die in der l. 14 § 3 D. de praescr. verb. XIX, 5 enthaltene Entscheidung des Aristo, über welche Ulpianus referiert, versagt, wenn Vieh fremde Früchte auf dem Grund und Boden des Vieheigentümers abfrißt, an erster Stelle die Zwölftafelklage de pastu pecoris mit der speziellen Begründung „quia non in tuo (dem Grundstücke des Eigentümers der Früchte) pascitur". Hingegen wird unmittelbar

---

richtssaal (1905) 66, 178 dagegen bemerkt, spricht gleichfalls für das hier im Text Gesagte. Eine Begründung seiner praktisch befriedigenderen Entscheidung hat Oetker nicht versucht. Sie ist auch tatsächlich aus dem auch von Oetker prinzipiell gebilligten Gedanken der „Gefährdungshaftung" und der „spezifischen Tiergefahr" nicht zu geben.

hinterher die actio de pauperie ohne ein Wort besonderer Motivierung versagt[1]).

Es folgt daraus meines Erachtens zwingend einmal per argumentum e contrario, daß eine actio de pastu pecoris statthaben müßte, wenn das Vieh die Früchte auf fremdem[2]) Boden abgeweidet hätte, und zweitens, daß auch in diesem Falle von einer actio de pauperie nicht die Rede sein würde. Gerade mit der letzteren Entscheidung befindet man sich auch in voller Uebereinstimmung zu den Vorschriften in Inst. IV, 9 und D. IX, 1. Denn es leuchtet ein, daß das Tier hier weder lascivia, noch fervore, noch feritate commota gehandelt hat, auch daß hier keiner der Fälle vorliegt, „quotiens contra naturam fera mota pauperiem dederit".

Die actio de pastu geht danach keineswegs in der actio de pauperie auf, sondern stellt ihr gegenüber ein qualitatives aliud dar.

Unterstützend tritt hiezu die Paulus-Stelle (Sent. I, 15, 1):

„si quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit, quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat . . ."

Vergleichen wir hiemit die Definition der „pauperies" durch Ulpianus (l. 1 § 3 D. IX, 1) — est damnum sine iniuria facientis datum — und den Anfang des zitierten Digestentitels — si quadrupes pauperiem fecisse dicetur actio ex lege duodecim tabularum descendit — so zeigt sich, daß bereits in den sechs Eingangsworten der Paulus-

1) Gewährt wird die actio in factum gegen den immisso pecore beteiligten Menschen. Ebenso die Entscheidung l. 6 C. de Aq. III, 35, wo es sich auch um ein depasci per iniuriam handelt.

2) Dies scheint Eisele a. a. O. nicht für erforderlich zu halten. Insofern weiche ich ab.

Stelle der Tatbestand der actio de pauperie genau enthalten ist. Wenn nun Paulus gleichwohl noch die Worte „quidve depasta sit“ [1]) hinzufügt, so müssen diese verständigerweise etwas Weiteres, über den Tatbestand der actio de pauperie Hinausreichendes zu bedeuten haben. Paulus unterscheidet eben, wenn der objektive Sachverhalt der pauperies vorliegt, offenbar noch zwei Fälle: damnumve dederit (actio de pauperie) — quidve depasta sit (actio de pastu). Nur alsdann hat ja auch die besondere Aufzählung des „depasci“, das an sich doch ohne weiteres schon unter das „damnum dare“ fallen würde, überhaupt einen Sinn.

So wahrscheinlich danach die Sonderexistenz einer actio de pastu pecoris wird, so unzulässig muß es erscheinen, die in ihr enthaltenen Bestimmungen zu generalisieren. Eisele stützt sich hierfür lediglich auf die allgemeine Erwägung, daß sich bei dem Alter der Spezialbestimmung doch eine Spur von solcher Generalisierung in den Quellen erhalten haben müßte.

Hier soll noch weiterhin auf folgendes aufmerksam gemacht werden: Die actio de pauperie und die actio de pastu gehen beide gegen den dominus und sind beide Noxalklagen. Sowohl für den aktiv als auch für den passiv Legitimierten ist es daher im praktischen Ergebnis ganz gleichgültig, welche der beiden Klagen ihm im konkreten Falle gewährt wird. Wäre also der actio de pastu ein generelles Anwendungsgebiet zu reservieren, d. h. wäre sie überall zuzulassen, wo ein Tier in Betätigung seiner „normalen Lebensfunktion“ geschädigt hat,

1) Diese entscheidenden Worte hält Zimmern, Noxalklagen 114 für ein Mißverständnis der gotischen Kompilatoren. Hierin gipfelt seine auch im übrigen nicht überzeugende Beweisführung gegen die Existenz der Klage.

so müßten die sorgfältigen Erwägungen der römischen Juristen über die Voraussetzungen der actio de pauperie — insoweit sie nicht lediglich die Verneinung aquillischer Haftung feststellen — völlig müßig erscheinen. Denn wo sie nicht vorlägen, wo also das Tier nicht commota feritate geschadet hätte, griffe die actio de pastu ein, d. h. es wäre auch dann praktisch genau das gleiche Resultat erzielt.

Jene ganzen Distinktionen wären also lediglich theoretisierender Natur, und daß man solche angestellt hätte, ohne hierbei der actio de pastu auch nur Erwähnung zu tun, wäre dem Wesen der genialen römischen Praktiker so unähnlich, daß dies eben als ganz und gar unwahrscheinlich gelten muß.

Nach alledem wird man also in der actio de pastu einen spezialen Rechtsbehelf, im wesentlichen zu Gunsten des römischen Bauern, zu erblicken haben — was bei der Zeit, aus welcher die Bestimmung stammt, nicht wundernehmen kann.

Der oben angestellten systematischen Klassifizierung ist daher folgendes im Punkte II, 2 hinzuzufügen:

> „Ausnahmsweise wird jedoch auch, ohne daß sich in der Tierestat eine spezifische Tiergefahr realisiert und ohne daß schuldhafte menschliche Mitwirkung in Frage kommt, gehaftet, und zwar noxal von dem Eigentümer des Tieres, falls dieses auf fremdem Grund und Boden Bodenerzeugnisse abgeweidet hat (actio de pastu)."

Die eingangs gestellte Frage, nach welchen Prinzipien im justinianischen Rechte die Haftung für Tierschäden geregelt, und wie insbesondere das Verhältnis der aquillischen zur noxalen Haftung gewesen sei, ist damit beantwortet.

Aber eine weitere Frage knüpft sich hier offensichtlich an. Wie wir sahen, läßt sich aus der richtigen Deutung des „contra naturam moveri“ lediglich ein gesichertes Ergebnis nach der negativen Seite hin gewinnen: wo solches tierisches Verhalten vorliegt, kann niemals von Schuld des Tierhüters gesprochen werden.

Ueber die positive Seite der Frage, d. h. ob etwa stets Schuld eines Menschen vorliege, wenn ein Tier nicht contra naturam mota schädigte und dabei menschliche Mitwirksamkeit überhaupt in Frage kommt, ist damit noch nichts ausgesagt. Erst die Beantwortung dieser Frage führt zentral in das Wesen des römischen culpa-Begriffes. Bei ihr ist insbesondere zu prüfen, ob in der Tat auch die Haftung für die generell voraussehbaren Betriebsgefahren noch als von dem culpa-Begriffe gedeckt betrachtet werden müsse, oder ob schon der bekannte Satz des Paulus „culpa caret qui scit sed prohibere non potest“ die Annahme solcher Abblassung und Hypertrophie des Schuldbegriffes verbiete.

Die in diesem Aufsatze behandelte Frage schließt nach den hier aufgezeigten Ergebnissen eine unmittelbare Verwertung für die Interpretation des Rechtes des Bürgerlichen Gesetzbuches aus. Höchstens könnte darin, daß das römische Recht bei einem inadäquat verursachten Tierschaden nur noxal haften läßt, ein Anreiz dafür gefunden werden, die quantitativ unbegrenzte Schädenhaftung des § 833 BGB. nur bei einem Tierschaden eintreten zu lassen, welcher sich vom Standpunkte des Tierhalters aus als adäquat verursacht darstellt.

Einwandfreier aber ist es, lediglich die negative Seite zu betonen, d. h. sich mit der Feststellung zu begnügen, daß zwischen der noxalen und aquilischen Haftung im römischen Rechte einerseits und derjenigen aus § 833 BGB. andererseits

eine unüberbrückbare gedankliche Kluft besteht, derzufolge Analogieschlüsse prinzipiell als verfehlt gelten müssen.

Das culpa-Problem hingegen zeigt den hier zu vermissenden dogmengeschichtlichen Zusammenhang durchaus. Ja, der Standpunkt des römischen Rechtes erweist sich an dieser Stelle nicht nur im Punkte der Problemstellung von unmittelbarem Werte für die Deutung des Rechtes des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Davon soll in einem weiteren Aufsatze die Rede sein.

Nachdruck verboten.

XIII.

Ueber Rechtswirkungen und juristische Tatsachen[1]).

Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung.

Von Dr. jur. **Alfred Manigk**, ord. Professor in Königsberg i. Pr.

Der modernen Philosophie kann der Vorwurf nicht gemacht werden, daß sie nicht ernsthaft bestrebt wäre, ihr Verhältnis zu den Einzelwissenschaften zu klären und ihre eigene Aufgabe dadurch zu präzisieren. Jedes System der Philosophie hat sich heute zuvörderst über diesen Punkt zu äußern.

Auch die Wissenschaften werden dadurch, wenn sie nicht schon von selbst das entsprechende Bedürfnis haben, zu der Regelung der kritischen Grenze veranlaßt. Und einige unter

1) Die folgende Abhandlung erschien im großen und ganzen bereits als Beitrag in der Festschrift „Zur Erinnerung an Immanuel Kant. Abhandlungen aus Anlaß der hundertsten Wiederkehr des Tages seines Todes. Herausgegeben von der Universität Königsberg.“ Halle a. S., Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1904. — Da sie aber nicht im Buchhandel erschienen ist, und sich zahlreiche Fachgenossen, auch aus dem Auslande, für dieselbe interessierten, sie aber auch vom Verfasser nicht erlangen konnten, entschloß sich der letztere in Uebereinstimmung mit dem genannten Hallenser Verlage, sie durch Abdruck in dieser Zeitschrift leichter zugänglich zu machen, wobei ihm die Redaktion derselben in dankenswerter Weise entgegenkam. Es sei bemerkt, daß hier einige Aenderungen und Ergänzungen gegenüber dem früheren Wortlaut vom Verfasser vorgenommen worden sind.

ihnen fühlen dieses Bedürfnis nach Grenzregulierung heute ganz besonders.

Nur die Jurisprudenz, und speziell die des Privatrechts, schließt sich ab. Von einigen vereinzelten Bestrebungen anderer Art abgesehen, will sie sich von der Philosophie möglichst separieren, und sie hat ja in der Unzahl von Paragraphen, die der neue Zeitgeist ihr beschert hat, das beste Material, um einen schier nicht mehr übersteigbaren Grenzwall gegen das Gebiet der ihr gleichgültigen oder gar schädlichen Philosophie aufzurichten.

Aber Kant nennt in der Anthropologie eine Wissenschaft, die sich von der Philosophie dermaßen absondert und gegen sie verschließt, eine „cyklopische“, da ihr ein Auge fehle, nämlich „das Auge der wahren Philosophie, um die Menge des historischen Wissens, die Fracht von hundert Kameelen, zweckmäßig zu benützen“.

Vielleicht war das hierin liegende an die Einzelwissenschaften gerichtete Postulat vor hundert Jahren, insbesondere gegenüber der auf dem Boden der Erfahrung und der Wirklichkeit stehenden Jurisprudenz, noch etwas anspruchsvoll. Heute liegen die Dinge zweifellos anders, und die früheren Ausflüchte stehen auch der Rechtswissenschaft nicht mehr zur Seite.

Es darf dem Rechtsgelehrten nicht unbekannt bleiben, daß die moderne Philosophie ihr Verhältnis zu den Wissenschaften zu reformieren bestrebt ist. Die Philosophie besinnt sich mit Recht darauf, daß die Geschichte der Wissenschaften ein ganz anderes Bild von dem Begriff und der Aufgabe der Philosophie gibt, als es zuweilen entworfen wurde. Im Altertum war von der Trennung einer sogenannten Philosophie von den sogenannten Wissenschaften keine Rede. Diese Trennung hat sich erst allmählich vollzogen, und zwar ursprünglich lediglich unter dem praktischen Gesichtspunkte der Arbeitsteilung. Mit

der immensen Entwickelung der Einzelwissenschaften mußten diese sich voneinander, und damit auch von ihrem ursprünglichen Zentralgebiet loslösen.

Als die Philosophie aber heterogener Natur wurde und spekulative Zwecke zu verfolgen begann, mußte die bloße Trennung des Arbeitsfeldes füglich zur Abrechnung und zur Entzweiung führen. Das Wort „Metaphysik“ allein war schon dazu angetan, diese Entzweiung zu beschleunigen; denn keine Einzelwissenschaft durfte sich von den wahrnehmbaren Erscheinungen der Welt und von der durch sie bedingten Erfahrung lossagen.

Die Philosophie des heutigen Tages will ihre Tätigkeit derjenigen der Wissenschaften hingegen angliedern. Durch Entstehung und Ausbau der Einzelwissenschaften sind die Existenzbedingungen der Philosophie andere geworden[1]). Sie hat auf gewisse Privilegien verzichtet, die ihr früher das Recht zu großer Kühnheit der Schlußfolgerungen gaben.

Wundt[2]) definiert in diesem Sinne die Philosophie „als die allgemeine Wissenschaft, welche die durch die Einzelwissenschaften vermittelten allgemeinen Erkenntnisse zu einem widerspruchslosen System zu vereinigen hat“.

Paulsen[3]) sagt einfach: „Philosophie ist der Inbegriff aller wissenschaftlichen Erkenntnis.“ Nach diesem Autor hat die Philosophie als universitas litterarum an der Aufstellung des einheitlichen Systems der Weltwissenschaft auf dem Boden der Ergebnisse der Einzelwissenschaften zu arbeiten. Der rechtschaffene Philosoph hätte sich heute an die Dinge selbst zu machen[4]), und andererseits hätten alle Wissenschaften in der

1) Vergl. Wundt, System der Philosophie 17.

2) a. a. O. 21.

3) Paulsen, Einleitung in die Philosophie, 1904, 33. Vergl. überhaupt die Einleitung dieses Werks.

4) Paulsen 33.

Philosophie ihre einheitliche Wurzel, und wenn sie sich von dieser loslösten, so stürben sie ab[1]). Also nicht Trennung und Isolierung, sondern Gliederung und „lebendige Beziehung aller Teile auf das Ganze“.

Solche Grundsätze können auf die Stellungnahme der Rechtswissenschaft nicht ohne Einfluß sein.

Wir brauchen nicht zu fürchten, daß durch Erweiterung des Horizonts unserem Auge die für die Spezialforschung nötige Schärfe etwa geraubt werden könnte. Die einzelne Aufgabe, an der der Jurist arbeitet, entfernt ihn von selbst mehr oder weniger von allgemeinen Gesichtspunkten. Mit letzteren wird er z. B. dann, wenn er die Geschichte des Pfandrechts schreiben will, nichts ausrichten. Er muß hingegen offenbar zu einem viel weitergreifenden und daher allgemeineren Betrachtungskreise hinaufsteigen, wenn er z. B. die Begriffe des Rechtsgeschäfts oder der Willenserklärung aus einer bestimmten Rechtsordnung extrahieren will.

Je allgemeiner die Prinzipien sind, von deren direkter Anwendung die Entscheidung einer Einzelfrage abhängt, desto mehr betätigt sich der Jurist aber als Philosoph; er wird letzteres nicht durch seinen darauf gerichteten Entschluß, nicht durch die essentielle Eigenart seiner Betrachtungsweise, sondern er wird es, ohne es vielleicht zu merken und ohne es wollen zu müssen, mit der Aufgabe, die er sich stellt. Und dabei ist die Grenze vom Allgemeinen zum Speziellen eine ganz flüssige.

Wenn wir unter Rechtsphilosophie als Fachdisziplin auch nur die Erörterung gewisser allgemeinster Probleme und Begriffe des Rechts überhaupt verstehen, so kommen wir der philosophischen Betrachtung doch auch in der Wissenschaft des

1) Paulsen 39. In demselben Sinne Wundt 109: „Die Einzelwissenschaften werden wider Willen gezwungen zu philosophieren, wenn sie sich nicht den besten Teil ihrer Ergebnisse wollen entgehen lassen.“

positiven Rechts oft genug nahe; ja gewisse Fragen können ohne Heranziehung allgemeiner Gesichtspunkte einfach nicht beantwortet werden.

Die Einzelwissenschaft ist kein Nebeneinander des Wissens, sondern ein architektonisches Uebereinander. Ich möchte sie aber einem Tiefbau vergleichen. Die versteckten Schätze werden durch Gewinnung neuer, immer tiefer gehender Schachte gehoben, durch Entdeckung neuer Formen und neuer Arten. Das natürliche Licht fällt aber nur von oben hinein in die tiefsten Gänge. Das Oben des Allgemeinen, wo die Schätze der Spezialarbeit auch wieder sichtbar werden und zum Gemeinnutzen hingelangen sollen, ist andererseits die Bedingung für das Gedeihen der Spezialforschung: Licht und Luft erhält sie nur durch eine je ausgedehntere, je besser wirksame Fundierung des Zuganges zum Allgemeinen. Der Arbeiter unten kommt eine Zeitlang zwar ohne den Zusammenhang mit dem Allgemeinen aus. Auf die Dauer aber würde er, den Hauch des Lebens nicht mehr spürend, in Gefahr geraten.

Mit diesem Bewußtsein sind auch wir heute durchaus legitimiert, uns unter die Feiernden zu scharen, indem wir jenen Mahnruf Kants auch für die Jurisprudenz beherzigen.

Das ist kein Aufruf zum Kampf gegen das positive Recht oder gegen historische Forschung. Dabei würde verkannt, daß auch das positive Recht schließlich auf allgemeinsten Prinzipien ruht, die wir ohne Scheu lediglich zu unserem Bewußtsein und zur Formulierung zu bringen und danach anzuwenden haben, und daß auch die historische Forschung dieser Prinzipien bei ihren Schlüssen nicht entbehren kann und nie entbehrt hat.

Machen wir uns nicht nur instinktiv, sondern auch bewußt insbesondere die Resultate der Logik und der Psychologie zu eigen. Wäre unser Blick eher auf die letztere gefallen, mit der der Kriminalist schon lange verbündet ist, wir hätten im

Privatrecht z. B. nicht Jahrhunderte vom Geschäftswillen gefabelt, ohne dessen realen Inhalt zu kennen. Unsere Untersuchungen wären dort, wo sie an allgemeinere Prinzipien anzuknüpfen haben, nicht so auffallend dilettantisch ausgefallen.

Diese Annäherung beider Wissenschaften wird noch mehr durch eine andere Betrachtung gefördert. Das „esse est percipi" Berkeleys, das Kant zur Grundlage seiner erkenntnistheoretischen Lehre gemacht hat, scheint auf den ersten Blick eine für den Juristen völlig unbrauchbare Wahrheit zu sein.

Der Jurist muß ja die körperlichen Gegenstände als Rechtsobjekte in realem Sinne, als wirklich existierend ansehen. Er muß sich auch die Personen als in Wirklichkeit existierende Subjekte denken. Er muß die Zeit als reale Größe ansehen, die von der Rechtsordnung mit ursächlicher Kraft versehen wird. Er muß den Raum als wirklich vorhandene Qualität der Außenwelt auffassen, die von rechtlichem Interesse ist.

Aber fragen wir uns weiter: Was ist es denn, was das Recht an diesen Dingen der Außenwelt vornimmt? Gehen die Veränderungen des Eigentumsrechts an den körperlichen Gegenständen wirklich draußen in der Außenwelt vor sich? Wird die entstandene Obligation uns draußen sichtbar? Spielen sich die Rechtswirkungen, welche wir auch herausgreifen mögen, draußen in der natürlichen Welt ab? — Nein, es ist alles nur in unseren Köpfen — genau so, wie sich nach Kants Kritik die natürliche Welt darstellt. In der letzteren ist durch die Kategorien unserer Erkenntnis nicht faßbar nur das Ding an sich; alles übrige sehen und greifen wir. Die Kausalität wirkt an den natürlichen Erscheinungen vor unseren Augen, uns sichtbar und unmittelbar bewußt. Es entwickelt sich die Wirkung sichtlich aus der Ursache, und wir erkennen sie als solche nur deshalb an, weil wir sie wahrnehmen.

Die Rechtswirkungen sind uns überhaupt nicht wahr-

nehmbar. Wir sehen oder hören zwar das, was wir den juristischen Tatbestand einer Wirkung nennen, so z. B. die Tradition einer Mobilie bezw. die dabei erfolgenden Erklärungen der Parteien; aber die Wirkung dieses zusammengehörenden Aktes, der Uebergang des Eigentums als eines Inbegriffs von Befugnissen entzieht sich unserer Wahrnehmung. Wir schließen nur auf Grund der Rechtsordnung, deren Voraussetzungen hier realisiert sind, daß hier Eigentum übergegangen ist. Diese Rechtswirkung besteht nur kraft unseres Urteils, kraft logischen Schlusses aus zwei Prämissen, deren eine durch den Rechtssatz, deren andere durch den faktischen Tatbestand gebildet wird.

Weil die Rechtswirkungen nicht wahrnehmbar, sondern an der Hand ihrer Voraussetzungen nur erschließbar sind, wird es in einigen Fällen aus rechtspolitischen Gründen nötig, den Umstand ihres Eingetretenseins erkennbar zu machen oder doch anzudeuten. Ich erinnere an die Einrichtung des Grundbuchs, an die Notwendigkeit der Besitzübertragung bei Begründung dinglicher Rechte an Mobilien u. a. Das sind aber nur Zeichen des Eintritts der Wirkung, wenn sie letztere auch bedingen. Sie sind verursachende Faktoren des Tatbestandes; die Wirkung tritt außerhalb derselben erst in ihrem Gefolge ein. Auch hier muß zur Feststellung der Wirkung erst der Satz der Rechtsordnung herangezogen werden, der infolge jener Tatsachen (Eintragung ins Grundbuch, Besitzübertragung 2c.) eine gewisse Wirkung eintreten läßt. Unser Prinzip ändert sich hierdurch also nicht.

Ein Einwand könnte vielleicht auch aus der „Wahrnehmbarkeit des Besitzes" gemacht werden. Allein, das, was hier wahrnehmbar ist, die tatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache, ist nicht die Wirkung, sondern die Ursache. Die Wirkung des „Besitzerwerbs" vollzieht sich wie jede Wirkung kraft der Rechtsordnung (§ 854 BGB.) nicht wahrnehmbar.

Die Erscheinungen der natürlichen Welt bestehen kraft unserer Wahrnehmungserkenntnis, die Wirkungen in der Rechtswelt bilden wir kraft unserer Vernunfterkenntnis[1]).

„Alles Schließen ist Neuschaffen von Urteilen"[2]). Der Mensch trägt die Welt des Rechts ganz in sich, er ist ihr Schöpfer und projiziert sie so nach außen, daß er sie als real ansieht.

Der Jurist ist also, da er die Wirkung des Rechts und damit die Ordnung der Lebensverhältnisse erst zu konstruieren hat, mindestens so übel daran, wie der Philosoph und Naturforscher, der von der Naturwirkung, die er unmittelbar wahrnimmt, ausgeht und nach den Ursachen fragt. Diese Ursache als solche konstruiert er. Den kausalen Zusammenhang projiziert er selbst in die Außenwelt[3]). Im Recht ist es umgekehrt. Der juristische Tatbestand als Ursache einer Rechtswirkung ist der wahrnehmbare Faktor: und nach der Wirkung wird geforscht; diese wird konstruiert.

Wie wenig zwingend und eindeutig die Schlüsse aus Tatbestand und Rechtsordnung sind, wie sehr sie Menschenwerk sind, zeigt sich ja in der Hinfälligkeit des gerichtlichen „Urteils". — In demselben Sinne hinfällig sind die vom Naturforscher aufgefundenen „Ursachen" und die von ihm aufgestellten „Naturgesetze", auf die er aus den gegebenen Wirkungen zurückschließt.

In dem abgesetzten Gerichtsurteil kommt andererseits der vorher angeführte Umstand zu deutlicher Erscheinung. Im „Tatbestand" erscheinen die als erste Prämisse, als Obersatz fungierenden Fakta, z. B. die zwischen den Parteien getroffenen Vertragsabreden, soweit sie Gegenstand des Prozesses geworden

1) Vergl. Allgemeines über diese Stufen der Erkenntnis etwa Wundt, System 108 ff. Siehe auch Schopenhauer, Satz vom Grunde § 15.
2) Wundt 66 f.
3) Schopenhauer, Satz vom Grunde §§ 20, 21.

sind. In den „Entscheidungsgründen“ tritt als zweite Prämisse der Untersatz auf: der Rechtssatz, der in Frage kommt. Im „Urteilstenor“ liegt der Schluß daraus, dessen Richtigkeit einmal von der Wahrheit der Prämissen und zweitens von der Richtigkeit der Schlußoperation abhängt. Das Gericht hat dann „für Recht erkannt“. Das Urteil ist „Erkenntnis“. Nicht anders wie bei jedem logischen Schluß.

Und von den Rechtssätzen selbst sagt Kant (Rechtslehre § 6): „Alle Rechtssätze sind Sätze a priori, denn sie sind Vernunftgesetze (dictamina rationis).“ Es wäre also ein Irrtum, wenn der Jurist glaubt, eine reellere Materie zu behandeln als der Philosoph. Ist die empirische Erkenntnis die Existenzbedingung der natürlichen Welt, so ist in der Rechtswelt die begriffliche Erkenntnis souverän. In beiden Fällen handelt es sich um eine Wirklichkeit, die von den Kategorien unseres Bewußtseins erzeugt wird.

Die Praxis des Lebens und die Praxis des Rechts gehen freilich von der unbedingten Realität ihrer Objekte aus, wodurch jene Wahrheit aber nicht geändert wird.

Die Rechtswirkungen können höchst verschiedenartig sein. Wir dürfen nicht nur die direkte Beeinflussung subjektiver Rechte oder irgend welcher Rechtsverhältnisse als Rechtswirkungen ansehen. Das wäre willkürlich. „Rechtswirkung“ heißt nichts anderes als Wirkung auf dem Gebiet des Rechts, im Gegensatz zu den Wirkungen auf anderen Gebieten. Schon das Wort „Rechtswirkung“ schließt also jede Beschränkung auf eine bestimmte Seite des Rechtsgebiets aus. Eine Rechtswirkung liegt überall da vor, wo das positive Recht an einen faktischen Tatbestand irgend eine rechtliche Qualität oder Beziehung anknüpft, so daß jener Tabestand, der sich aus mehreren einzelnen Tatsachen zusammensetzen kann, nur eingetreten zu sein braucht, damit jene Rechtsbeziehung als Wirkung erzeugt wird.

Zweifellos statuiert z. B. § 1 BGB. eine sich an einen Tatbestand anschließende Rechtswirkung:

„Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt."

Ebenso:

§ 2: „Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres ein."

§ 872: „Wer als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer."

§ 7: „Wer sich an einem Orte ständig niederläßt, begründet an diesem Orte seinen Wohnsitz."

§ 167: „Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll."

Wir sagen daher korrekt, daß die Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres die „Wirkung" der Volljährigkeit des Subjekts hat, wenn auch letztere Qualität weder ein subjektives Recht, noch ein Rechtsverhältnis ist. Aehnlich ist es mit allen jenen Beispielen. Wir sind daran gewöhnt, auch die Erlangung der Rechtsfähigkeit, den Erwerb des Eigenbesitzes, die Wohnsitzbegründung, die Vollmacht als „Wirkungen" gewisser in obigen Rechtsnormen bezeichneter Tatbestände zu denken.

Dieser Standpunkt, den der Verfasser bereits früher vertreten hat, hat neuerdings Anfechtung erfahren [1]). Es wird gesagt: „Die Begründung des Wohnsitzes ist ebenso wie die Erteilung der Vollmacht für sich allein auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts ohne jede Bedeutung; Bedeutung erlangt die eine wie die andere Tatsache erst durch das Hinzukommen weiterer Tatsachen, z. B. dadurch, daß sich der Mensch, der irgendwo seinen Wohnsitz genommen hat, zu einer Leistung

1) Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit 1 (1903), 65 f. Vergl. Manigk, „Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte" (1901) 4—16.

verpflichtet (BGB. § 269) oder daß der Bevollmächtigte für den Vollmachtgeber eine Willenserklärung abgibt (§§ 164, 166). Daher kann von den Rechtswirkungen der Begründung des Wohnsitzes und der Erteilung der Vollmacht auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts überhaupt nicht die Rede sein, sondern nur von den Rechtswirkungen der Tatbestände, zu denen sie gehören; die Tatbestände aber bewirken stets die Entstehung, Aenderung oder Endigung eines Rechtsverhältnisses . . ."

Dieser Einwand ist verfehlt. Wenn man meint, Vollmacht und Wohnsitz seien für sich allein „ohne jede Bedeutung", so ist das einmal positiv unrichtig. Dann aber wird dabei eine durchgehende Erscheinung im Recht ganz übersehen. Man glaubt, erst in weiteren Folgen dieser Tatsachen „Wirkungen" anerkennen zu müssen und übersieht, daß die in Betracht gezogenen weiteren Folgen aus keinem anderen Stoff und von keinem anderen Inhalt sind, als die abgelehnten Tatsachen. Es sind alles nur „Urteile" gemäß der Rechtsordnung.

Ich frage: warum soll in § 269, nicht aber in § 7, eine Rechtswirkung statuiert werden? Ersterer lautet in Abs. 1:

„Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte."

Bei genauerer Betrachtung stellt sich der Satz: „Die Leistung hat am Wohnsitz des Schuldners zu erfolgen" nicht mehr und nicht weniger als „Rechtswirkung" des Vertragsschlusses dar, als die Wohnsitzbegründung nach § 7, als zunächst eintretende Wirkung der ständigen Niederlassung. Die Verpflichtung des Schuldners ist eine Wirkung, deren weitere Folgen auch erst dann praktisch und sichtbar werden, wenn der

Schuldner nicht leistet u. s. f. Jede Wirkung kann auch im Recht weiter als Ursache fungieren.

Dann muß Eltzbacher auch den bekannten Irrtum Schloßmanns teilen, der gesagt hat, der obligatorische Vertrag an sich sei deshalb zunächst „wirkungslos", weil er zunächst nur eine Erwartung des Gläubigers und erst dann eine „Rechtswirkung" zeige, wenn der Schuldner nicht erfülle, nämlich die Verpflichtung des letzteren zum Schadensersatz [1]).

Die Folgerung Schloßmanns, der Vertrag habe keine Wirkung, schlägt der herrschenden wohlbegründeten juristischen Auffassung ebenso ins Gesicht, wie etwa der Satz Eltzbachers, die Vollmachtserteilung sei an sich wirkungslos. Beide Autoren glauben, erst infolge des ergänzten Tatbestandes eine greifbare Wirkung vor sich zu haben, und übersehen, daß es willkürlich und unbegründet ist, eine Wirkung erst beim Hinzutreten einer gewissen neuen Tatsache anzuerkennen. Man könnte dann den ergänzten Tatbestand ganz ebenso als Ursache in Frage stellen. Rechtswirkungen sind nicht bewirkte Rechte, sondern Wirkungen des Rechts, dem Recht gemäß.

Daß es sich hier um eine durchgehende Erscheinung handelt, zeigt sich auch in folgendem.

§ 854: „Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben."

Die normale und herrschende Auffassung wird hier ohne Zweifel die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache als verursachenden Tatbestand ansehen und den Besitzerwerb als dessen Wirkung. Und doch ist Besitz nur ein Rechtsgebilde, das für sich ebenso wenig und ebenso viel Bedeutung und Erheblichkeit hat, wie etwa Vollmacht und Wohnsitz in dem

[1]) Der Verfasser hat diesen verhängnisvollen Irrtum Schloßmanns bereits zu entkräften gesucht, „Anwendungsgebiet" 86 Anm. 1, auch 8 ff.

von Eltzbacher in Anspruch genommenen Sinne. Zu Aeußerungen des Besitzrechts kommt es auch erst, wenn der Besitz verletzt worden, oder wenn sonst welche Tatsachen sich zu dem nackten Besitz hinzugesellt haben. Dennoch fassen wir, um den Begriff des Besitzes zu isolieren und gegen accidentelle und heterogene Faktoren rechtlich abzugrenzen, den Erwerb des Besitzes bereits als selbständige Rechtswirkung eines gewissen Vorganges ins Auge, dessen Wirksamkeit wir daher ebenso in Frage stellen können, wie etwa die der Eigentumstradition. Ebenso ist es z. B. bei der Vereinsgründung. Wenn gewisse Tatsachen eingetreten sind, stellen wir als deren „Wirkung" fest, daß der Verein als juristische Person begründet ist. In die Erscheinung tritt er als solche erst durch seine Unternehmungen und deren Wirkungen. Dennoch sehen wir die Vereinsgründung schon als selbständige Wirkung an, und mit Recht.

Es darf nicht vergessen werden, daß es sich hier überall nur um Vorstellungen und Begriffe handelt. Dieselben haben den vorhin angeführten guten Grund, und sie müssen daher konsequent durchgeführt und nicht an beliebiger Stelle durchbrochen werden.

Man könnte zwar willkürlich sagen: Rechtswirkungen sind nur da vorhanden, wo subjektive Rechte begründet, verändert oder aufgehoben werden[1]). Das wäre aber willkürlich und hätte verhängnisvolle Folgen, da man überall dort, wo nicht subjektive Rechte entstehen, von Wirkungslosigkeit einer Handlung oder eines Tatbestandes sprechen müßte, insbesondere also

1) So z. B. Endemann, Bürgerl. Recht I § 58: „Die auf der Grundlage eines juristischen Tatbestandes eintretenden Rechtswirkungen gelangen in der Form subjektiver Berechtigungen zum Ausdruck." Aehnlich Arndts, Karlowa, Zitelmann, Cosack.

auch bei der Vollmacht, die kein subjektives Recht ist. Mit dieser Frage hängt auch die andere aufs engste zusammen, ob eine Handlung Rechtsgeschäft oder bloße Rechtshandlung oder sonst etwas ist; denn die Antwort hierauf hängt von der Beziehung des Handelnden zu der Rechtswirkung seiner Handlung ab. Leugnet man eine Wirkung, so verliert man also die einzige Handhabe zur Bestimmung des Charakters der Handlung oder des sonstigen Tatbestandes. Dann wäre die gemäß § 167 BGB. erfolgende Vollmachtserteilung eine Handlung ohne jede Wirkung, was jeder Jurist ablehnen wird.

Volljährigkeit, Rechtsfähigkeit, Wohnsitz, Vollmacht, Verein, Eigenbesitz, Besitz u. s. f. sind Faktoren, die sich infolge Hinzutretens weiterer Tatsachen erst zu praktischer Erheblichkeit verdichten. Die Volljährigkeit tritt erst bei Vornahme einer Handlung des Volljährigen zu Tage, der Eigenbesitz erst, wenn er zur Ersitzung oder zur Aneignung führt, die Vollmacht erst bei einer Handlung des Bevollmächtigten u. s. f.

Es ist aber gerade unrichtig, zu sagen, all diese Faktoren, insbesondere Vollmacht und Wohnsitz seien „für sich allein auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts ohne jede Bedeutung". Die Vollmachtserteilung ist im Gegenteil als ein ganz selbständiger Rechtsakt aufzufassen, von dessen „Wirksamkeit" die Wirksamkeit des ganzen Geschäfts für den Vertretenen abhängt. Wir sprechen von gültiger und ungültiger Vollmacht, fassen also die Vollmacht als selbständige Erscheinung des Rechts auf.

Ebenso ist es mit allen anderen genannten und sonstigen Rechtsbeziehungen. Wir sagen: A hat seinen Wohnsitz dort, weil er sich daselbst ständig niedergelassen hat, u. s. f.

Hier ist Konsequenz nötig. Man darf also, weiterschreitend, Rechtswirkungen auch nicht nur dort anerkennen, wo „Rechts-

verhältnisse" entstehen oder beeinflußt werden[1]); man müßte denn letzterem Begriff so weite Bedeutung verleihen, daß auch Wohnsitz, Vollmacht, Handlungsfähigkeit, Verzug rc. darunter fallen. Das wäre aber bekanntlich ganz inkorrekt. Also müssen wir den Begriff „Rechtswirkung" so weit wie möglich fassen, da jede Beschränkung als willkürlich und zwecklos erscheinen muß.

Die Sprache des Rechts faßt nicht anders als die Sprache des Volks unter einem Begriff die verschiedenartigsten Elemente zusammen, um mit diesem einheitlichen Begriff dann bequemer operieren zu können. Sie bildet die Begriffe: Eigenbesitz, Eigentum, Besitz, Vollmacht, Rechts- und Handlungsfähigkeit, Wohnsitz, Verzug u. s. f. Die in jedem dieser Begriffe zusammengefaßten Vorstellungen (z. B. die Befugnis, für einen anderen mit Wirkung für und gegen denselben eine Willenserklärung abgeben zu dürfen, zusammengefaßt zu dem Begriff der Vollmacht) erhalten durch diesen Zusammenschluß Selbständigkeit gegenüber allen anderen Begriffen.

Wenn ich sage: „Weil du diese Sache kaufweise von A erworben und erhalten hast, bist du Eigentümer derselben", so sage ich dies, um dadurch in Kürze alle die verschiedenartigen und weitgehenden Befugnisse zusammenzufassen, die mit der Uebergabe der Sache bei dir entstanden sein sollen. Das „Eigentum" ist nur ein Begriff, dessen Inhalt rechtlich mit dem Eintritt gewisser Tatsachen gegeben sein soll. Das ist das, was wir „Rechtswirkung" nennen.

Der „Wohnsitz" ist eine gewisse erhebliche, dauernde Rechtsbeziehung einer Person zu ihrem Aufenthaltsorte. Diese Beziehung, die in dem Begriff „Wohnsitz" gedacht wird, ist als

---

1) Wie Eltzbacher.

Wirkung eines gewissen Vorganges zu denken, nämlich der ständigen Niederlassung.

Der „Besitz" ist eine gewisse erhebliche Rechtsbeziehung einer Person zu einer Sache. Diese Beziehung an sich muß uns ebenso bedeutungslos oder bedeutsam erscheinen wie der „Wohnsitz", und doch wird niemand Bedenken tragen, den Besitzerwerb als selbständige Rechtswirkung anzuerkennen, obgleich Befugnisse infolge des Besitzerwerbs allein nicht entstehen (wie z. B. beim Eigentum). Auf letzteres kommt es eben nicht an.

Der Verfasser darf also nach wie vor sagen: Rechtswirkungen sind die in Gemäßheit des objektiven Rechts eintretenden Veränderungen in der Rechtswelt.

Man kann der Naturwelt in der Tat eine Rechtswelt gegenüberstellen. Verstehen wir unter der Naturwelt alle äußeren wahrnehmbaren Erscheinungen in ihrem ewigen, dem Gesetz der Kausalität unterworfenen Wechsel, so können wir dementsprechend alle Tatsachen, die rechtlich erheblich sind, im Zusammenhang mit ihren Rechtswirkungen unter dem Ausdruck der Rechtswelt zusammenfassen, in der auch das Gesetz der Kausalität, wenn hier auch als Satz vom Grunde des Erkennens [1]), die Trieb- und Lebenskraft darstellt.

Schwieriger ist es, über den Begriff der Rechtsursache Klarheit zu gewinnen. Die Schwierigkeit entsteht insbesondere durch die Kernfrage: Ist die Wahrnehmbarkeit der juristischen Tatsache zu ihrer Wirksamkeit erforderlich? Mit anderen Worten, sind nur äußere Tatsachen im Recht erheblich?

Wir stoßen damit auf eine allgemeine, aber praktisch höchst

---

1) Vergl. hierzu Schopenhauer, Satz vom zureich. Grund §§ 26 ff., insbesondere § 29.

wichtige Frage, die z. B. auch in dem Gegensatz von Willens- und Erklärungstheorie [1]) in der Lehre von der Willenserklärung in die Erscheinung tritt.

Die Frage ist so wichtig und einschneidend, daß es wunderbar ist, daß man hier in der Rechtswissenschaft nicht schon längst zu voller Klarheit gelangt ist, ja daß man ihr bisher überhaupt kaum Beachtung geschenkt hat, indem man mit dem apodiktischen, von allen beschworenen, von niemandem begründeten Lehrsatz von der alleinigen Erheblichkeit äußerer Tatsachen auszukommen meinte.

Es ist mittlerweise fast lediglich Geschmackssache geworden, ob man in der juristischen Willenserklärung den Willen, oder ob man die Erklärung als eigentliche Ursache der erfolgenden Rechtswirkung ansieht. Die Erklärung kann man im Interesse des Erklärungsgegners verlangen, und man postuliert damit zugleich die Zuverlässigkeit der Erklärung und die Bindung des Erklärenden an das gesprochene Wort.

Hingegen muß man den Willen als den erheblichen Kern des Erklärungstatbestandes ansehen, wenn man z. B. in Betracht zieht, daß auch unser modernes Privatrecht sog. Willensmängel beachtet: Irrtum, Zwang, Betrug, Simulation, Nichternstlichkeit, unrichtige Uebermittlung.

Man kann jedenfalls das eine behaupten, daß keine von beiden Theorien unbedingt Recht hätte und unbedingt im Gesetz befolgt wäre. In dem problematischen Gegensatz: Wille oder Erklärung liegt ein auffallendes Analogon zu der Kantischen Frage: Ding an sich oder Vorstellung, die sich im Munde Schopenhauers sogar so gestaltet: Wille oder Vorstellung. Auch in der Philosophie schien es unmöglich, das eigentliche Wesen der Welt zu erkennen. Es braucht nur

1) Vergl. Leonhard, Allgem. Teil 462 ff.; Dernburg, Bürgerl. Recht I § 106.

an die vielen ontologischen Anschauungen erinnert zu werden. Kant fand die Lösung durch seinen für alle Zukunft grundlegenden Kritizismus; er fand sie in der menschlichen Erkenntnisweise selbst. Der Jurist steht hier vor einem ähnlichen Problem. Er hat in der Willenserklärung auch eine Erscheinung vor sich, die als solche Objekt fremder Vorstellungen ist. Es fragt sich, ob diese Erscheinung nur insofern da ist, als sie Vorstellungsobjekt ist, mit anderen Worten, nur insofern rechtlich beachtenswert ist, als ihr Inhalt objektiv bestimmbar ist. Oder ob diese Erscheinung noch einen hinter ihr liegenden Kern hat, der auch rechtlich beachtet wird, obgleich er nicht Vorstellungsobjekt ist und sich der Wahrnehmung entzieht. Analog scheint auch die Entwickelung der beiden Lehren. Beide gehen begreiflicherweise von der Erscheinung aus und sehen in ihr zugleich alles, was überhaupt in Betracht kommt: Materialismus und absoluter Realismus auf beiden Seiten. Allmählich erst steigt man höher hinauf und blickt tiefer. Der Philosoph findet, daß die Welt noch mehr ist als bloße Vorstellung, als bloßes Phänomen. Der Jurist sieht, daß die Erklärung nur die Erscheinung einer inneren Tatsache ist, von der sie nicht losgelöst werden darf. Der Kritizismus, der hier not tut, wird den Schlüssel ebenfalls im Wesen der juristischen Erkenntnisweise suchen müssen.

In beiden Gebieten sind die Zeiten extremer Auffassungen wohl überwunden. Der philosophische Spiritualismus und Idealismus erweist sich ebenso unrichtig, wie die juristische Willenstheorie unbrauchbar und unzweckmäßig. So wie Kant den Mittelweg zwischen Idealismus und Realismus gefunden, vermutet auch die Jurisprudenz mit Recht das Richtige in der Mitte.

Die Schlichtung des Streits der Juristen hängt von einer

tieferen Einsicht in die Frage ab, inwiefern eigentlich Aeußerungen innerer Tatsachen verlangt werden können, oder ob das positive Recht die innere Tatsache immer erst dann beachtet, wenn sie geäußert worden ist.

Die meisten Juristen lehnen es überhaupt ab, der ersten Frage auf den Grund zu gehen. Sie erachten es als selbstverständlich, die Aeußerung zu postulieren, weil erst die letztere die zu Grunde liegende innere Tatsache faßbar und für andere erkennbar machte, letztere dann auch erst prozessual erweislich sei. — Hier fehlt der scharfe Blick ins Allgemeine. Man greift zum Mikroskop, weil man das Teleskop nicht zu handhaben versteht.

Diese Auffassung ist bequem und einfach, sie gleicht aber in ihrer Naivität dem philosophischen Realismus und Empirismus.

Sie übersieht in erster Linie, daß das positive Recht in zahlreichen Fällen innere Tatsachen als erheblich und wirksam statuiert, ohne dazu erst eine Aeußerung zu verlangen.

Häufig ist z. B. „Kenntnis" und „Wissen" in einem Tatbestande erheblich. So lautet § 439 BGB.:

„Der Verkäufer hat einen Mangel im Rechte nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt."

Die wichtige Folge der Aufhebung der Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte ist hier von der Kenntnis des Käufers abhängig gemacht. Dies ist ohne Zweifel eine innere Tatsache. Kenntnis ist nichts als psychische Vorstellung. Der Verkäufer müßte, wenn er die Freiheit von jener Haftung für sich in Anspruch nimmt, beweisen, daß der Käufer den Mangel gekannt hat. Dies wird ihm entweder dadurch gelingen, daß

er ein äußeres Faktum nachweist, aus dem sich logisch oder psychologisch die Kenntnis ergibt, oder mangels dessen durch Eideszuschiebung.

Er könnte z. B. beweisen, daß er den Mangel dem Käufer ausdrücklich mitgeteilt hätte. Damit bewiese er eine Ursache, die notwendigerweise die Kenntnis nach sich zieht, womit also auch die letztere zugleich bewiesen wäre. Oder er bewiese eine Aeußerung der Kenntnis seitens des Käufers etwa einem Dritten gegenüber. Hier bewiese er eine Wirkung, und damit zugleich die normale Ursache.

Schon hieran zeigt sich, daß man die Aeußerung einer inneren Tatsache jedenfalls nicht deswegen postulieren darf, um dadurch die letztere erweislich zu machen. Erweislich ist sie auch auf andere Weise, auch durch äußere Ursachen, die erst zu ihr führten. Erweislich ist sie im Notfalle, mangels äußerer Indizien auch durch Eideszuschiebung, die sich direkt auf die innere Tatsache selbst bezieht.

Ebenso liegt es ferner z. B. im § 932 BGB. mit dem guten Glauben des Erwerbers, der in erster Linie ebenfalls nichts anderes ist als Kenntnis bezw. Nichtkenntnis. Auch hier handelt es sich im Prozeß lediglich um den Nachweis einer inneren Tatsache 2c.

Wenn der Verfasser schon früher eine ganze Kategorie von Rechtsgeschäften aufgestellt hat, in denen nicht die Erklärung des Geschäftswillens, sondern letzterer selbst auch ohne Erklärung essentiell sein soll, so ist darauf zu Unrecht erwidert worden, daß man hier dann ganz auf den gefahrvollen Parteieid angewiesen sei. Hierbei wird mehreres zugleich übersehen.

Einmal projizieren sich innere Tatsachen meist nach außen, wodurch sie dann rückschließbar und auch leicht erweislich werden. Der Occupant, der kraft seines animus domini das Eigentum an

einer herrenlosen Sache erworben hat, wird häufig Aeußerungen dieses animus erfolgen lassen. Er wird das erlegte Wild z. B. konsumieren oder veräußern. Muß er letzteres aber, um dadurch etwa erst das Eigentum zu erhalten?

Aber auch der Angriff gegen den Parteieid dort, wo äußere Tatsachen ausbleiben, ist verfehlt. Wie würde denn in obigem Beispiel der Verkäufer beweisen, daß er dem Käufer den Mangel mündlich mitgeteilt hätte? Käme man hier etwa, wenn Zeugen nicht dabei gewesen sind, durch das Postulat eines äußeren Faktums um den verhaßten Parteieid herum? Unbestreitbar vermag der Verkäufer seine mündliche Mitteilung an den Käufer auch nur durch Eideszuschiebung an diesen zu beweisen.

Es ist irrig, wenn die Willenserklärung überall einfach deswegen postuliert wird, weil die Rechtsordnung innere Tatsachen als unerheblich ansähe, und weil insbesondere die Eideszuschiebung dadurch vermieden werden solle.

Das weitere Eingehen auf diese Frage von so großer Tragweite muß sich der Verfasser hier versagen. Es wird dies bald an anderer Stelle geschehen.

Hier sei nur eins hervorgehoben, was dabei bisher unbeachtet blieb und doch offenbar gerade wesentlich ist. Das materielle Recht hat zweifellos die Macht, Rechtswirkungen auch an innere Tatsachen anzuknüpfen. Ein Blick auf das positive Recht lehrt, daß von dieser Macht reichlich Gebrauch gemacht wird. Eine besondere Gefahr kann hieraus im Stadium des Prozesses nicht entstehen. Die vermeintliche Gefahr ist vielmehr genau dieselbe wie bei denjenigen äußeren Tatsachen, die nicht Gegenstand der Wahrnehmung eines Dritten geworden sind. Die mündliche Willenserklärung unter vier Augen fällt derselben Gefahr anheim. Die Tatsache der Er-

klärung und der Inhalt der letzteren können bestrittenenfalls auch nur durch Parteieid bewiesen werden. Der Fund eines fremden verlorenen Gegenstandes, die Entdeckung eines Schatzes, die in § 961 BGB. statuierte Verfolgung eines Bienenschwarms u. a. sind äußere Tatsachen, bei denen dem Interessenten aber oft allein die Möglichkeit bleiben wird, diese Tatsachen bestrittenenfalls durch Parteieid zu beweisen. Hat es niemand gesehen, daß ich den Schatz gehoben, so versagen alle anderen Beweismittel.

Durch die Postulierung einer Aeußerung entrinnt man jener Gefahr also durchaus nicht. Zur Sinnlosigkeit führt das Postulat aber dort, wo es sich um einsame Akte handelt, insbesondere um Akte, deren Wirkungen eine fremde Rechtssphäre nicht berühren.

Das materielle Recht statuiert äußere Tatsachen also keinesfalls aus prozessualen Rücksichten, wie gemeiniglich behauptet wird.

Einmal bliebe dann unerklärt, warum sich das Recht dort, wo zweifellos innere Tatsachen als juristische statuiert werden, über jene prozessualen Rücksichten einfach hinwegsetzt. Und ferner muß bei den äußeren Tatsachen unter gewissen Umständen im Prozeß ganz dieselbe Notlage eintreten, die man vermeiden möchte. Man strebt hier sichtlich nach der unerreichbaren absoluten Wahrheit, die uns aber auch das idealste Prozeßrecht nicht vermitteln kann. Nicht in den materiellen Tatsachen, sondern in den formellen Hindernissen liegt die Klippe.

Diese Beobachtung müssen wir uns auch für die streitige Lehre vom Rechtsgeschäft und der Willenserklärung zu nutze machen.

Die Erklärung des Willens darf zur Wirksamkeit des inneren Geschäftswillens nicht absolut gefordert werden, wie gewöhnlich geschieht.

Weswegen aber sonst? — Aus keinem anderen Grunde, als mit Rücksicht auf einen Erklärungsgegner. Die Erklärung erfolgt, wie im Leben, so auch im Recht nur für einen anderen. Sie soll nicht die vorher dunkle Absicht des Handelnden erst zur Klarheit bringen. Letztere muß vorher eingetreten sein, wenn nicht eine ganz unbesonnene Erklärung das Resultat sein soll. Die Erklärung kann höchstens nur den Willen widerspiegeln und ihm adäquat sein. Man verlange psychologisch und juristisch also von der Erklärung nicht Eigenschaften, die der innere Entschluß, d. h. die aus einer Summe von Vorstellungen bestehende Absicht etwa nicht haben könnte. Vor dem sprachlichen Ausdruck muß normalerweise der Sprachbegriff dem Subjekt selbst bewußt geworden sein, zumal bei rechtlich oder sonst wie bedeutsamen Erklärungen. Der Entschluß ist eine abgegrenzte selbständige psychische Tatsache. Die Ausführungshandlung, als welche sich die Willenserklärung lediglich darstellt, ist sekundär.

Man sage nicht, daß Klarheit erst im Aggregatzustand der Erklärung möglich ist, und das Recht die letztere daher stets postulieren müsse.

Die Kaufofferte, die Kündigung, die Mahnung, das Testament wirken erst dann, wenn sie erklärt sind, und zwar nur darum, damit früher oder später ein betroffenes anderes Subjekt Kenntnis von den Absichten des Erklärenden erhalten könne.

Am klarsten und bezeichnendsten tritt die entgegengesetzte irrige Meinung in einer älteren Abhandlung Kohlers über Mentalreservation und Simulation hervor[1]). Die Worte seien daher hier wiedergegeben:

1) IheringsJ. 16 (1878) 92 ff.

„Vielmehr ist der rechtlich erhebliche Wille im Zivilrecht ebensowenig von der Erklärung zu trennen wie im Kriminalrecht, die Erklärung ist ebenso für die zivilrechtliche wie für die strafrechtliche Beurteilung ein wesentliches und untrennbares Stück des Tatbestandes. Das Recht erkennt die unnatürliche Spaltung von Wille und Erklärung, von Innen und Außen, von Geist und Materie nicht an, die Willenserklärung ist eine Einheit, an welcher der ganze physisch geistige Mensch gearbeitet hat. Die Erklärung ist keine Verkündung eines bereits feststehenden, bedeutungsvollen Aktes . .; vielmehr sind Wille und Erklärung nur die zwei Seiten . . desselben Phänomens . . . Der Mord ist nicht die bloße Enthüllung eines an sich schon strafbaren Willens, die Injurie nicht die bloße Kundbarmachung eines an sich schon dem Kriminalrichter verfallenen inneren Vorgangs . . . Mag man immerhin die Erklärung eine Offenbarung des Willens nennen, so ist sie eine Offenbarung nicht im Sinne einer bloßen Erkenntnisquelle, sondern im Sinne einer Verkörperung, einer Objektivierung, einer Inkarnation, in gleichem Sinne wie unsere Philosophen von einer Offenbarung des Weltwillens durch die Natur, durch die Kunst rc. sprechen. Der Sinnspruch der Rechtswissenschaft ist das Faustsche Wort: Im Anfang war die Tat, mit der Tat erst beginnt das Recht und die Wissenschaft des Rechts."

Nicht wenige Juristen werden sich mit dieser Auffassung womöglich noch auf dem Boden des heutigen Rechts dünken. Und doch wäre das durchaus verfehlt.

Von einer Rechtsordnung, die die Divergenz zwischen Wille und Erklärung beachtet und in gewissen Fällen abweichenden Willens die Unwirksamkeit der Erklärung eintreten läßt, kann nicht gesagt werden, sie sähe die Erklärung als eine Inkarnation des Willens an. Geht das Recht auf den inneren

Willen zurück und beachtet denselben, so ist Kohlers Auffassung unzutreffend. Ihre Unrichtigkeit offenbart sich übrigens auch gerade in der zum Strafrecht gezogenen Parallele. Letzteres knüpft an den äußeren Erfolg nämlich nicht deswegen an, weil die zu Grunde liegenden inneren Tatsachen ihm überhaupt gleichgültig geworden wären, sobald die Körperbewegung physisch wirksam geworden wäre, wie Kohler meint, sondern weil erst der äußere Erfolg einen rechtswidrigen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre darstellen kann. Daher ist die Tat der Ausgangspunkt, von dem aus die kriminelle Reaktion stattfindet. Unrichtig ist es aber wiederum ganz offenbar, wenn man dabei auf die Körperbewegung allein zurückgeht. Derselbe Erfolg, dieselbe verursachende Körperbewegung werden strafrechtlich ganz verschieden beurteilt, je nachdem die Frage des dolus dabei zu beantworten ist. Dieselbe äußere Sachbeschädigung bleibt straflos, wenn sie ohne Absicht geschah. Der juristische Tatbestand dieses und anderer Delikte enthält eben nicht nur den Erfolg und die verursachende Körperbewegung, sondern auch die Schuld, die nichts Aeußeres, sondern etwas Inneres ist. Jenes Durchschneiden der zwischen der Seele des Handelnden und seinen Handlungen bestehenden Fäden beruht also auf einem gewaltigen Irrtum, mit dem wir in der Lehre von der Willenserklärung ein für allemal abrechnen müssen, um endlich feste Prinzipien zu gewinnen, von denen aus eine Debatte überhaupt möglich und die Lehre in legalem Sinne gefördert wird.

Es handelt sich um kumulativ geforderte Tatbestandsmerkmale im Strafrecht wie im Zivilrecht: die äußere Handlung und außerdem die sich der Handlung lediglich als Mittel bedienende innere Absicht, mag sie sich auf einen deliktischen oder einen rechtsgeschäftlichen Erfolg beziehen, mag sie sich juristisch als dolus oder als Geschäftswille darstellen.

Der Mord ist gewiß nicht die bloße Enthüllung eines an sich schon strafbaren Willens. Aber die bloße Tat ist es nicht, die den Tatbestand des Mordes ausfüllt. Die einem bestimmten Willen entspringende Tat wird vom Gesetz verlangt. — Die erklärte Annahme eines Kaufangebots ist gewiß nicht die bloße Offenbarung eines an sich schon wirksamen Annahmewillens. Aber die bloße Erklärung ist es auch nicht, die den gesetzlichen Tatbestand des Kaufvertrages ausfüllt. Wäre die Annahme z. B. simuliert, so wäre die Erklärung nichtig, wäre sie irrtümlich, so wäre sie anfechtbar, also auch nicht voll wirksam 2c.

Mit der Berücksichtigung der sog. Willensmängel sagt unser Gesetz deutlich, daß bei der wirksamen Willenserklärung angenommen sei, die Erklärung entspreche einem kongruenten Willen, und daß sie nur insofern mit voller Wirksamkeit ausgestattet werde.

Gerade in der vorliegenden Materie hat den meisten Autoren des Privatrechts die philosophische Schulung gefehlt. Es fehlt jedes Prinzip, von dem aus eine Verständigung möglich ist. Es fehlt jede Methode, die die Resultate sichern könnte [1]).

Hingegen lehrt Sigwart (Kl. Schriften 2 S. 180 f. und 182): „Denn von dem wirklichen Erfolge rückwärtsgehend, gelangt man zunächst nur zu der Bewegung, und kann, wenn der Mensch überhaupt bei Sinnen war, voraussetzen, daß diese gewollt war, weil die regelmäßige Ursache einer Bewegung der Willensimpuls ist; aber weiter zurück reicht der Schluß aus ihrem objektiven Erfolge nicht; denn

1) Welche primitiven Zustände gerade in methodischer Hinsicht in unserer Lehre herrschen, wird der Verfasser in der angekündigten Arbeit darlegen.

was mit ihr gewollt war, darüber entscheidet nicht der wirkliche, sondern der vorgestellte Erfolg . . . ."[1]).

Die Körperbewegung wird bisweilen dort sogar überflüssig, wo die den Erfolg mitbedingenden Voraussetzungen bereits casu oder re herbeigeführt sind: A läßt den B, der mit ihm auf die See hinausgeschwommen ist und zu sinken beginnt, vorsätzlich ertrinken (Strafrecht). A eignet sich die derelinquierte Banknote, die ihm vom Wind ins Zimmer getragen wird, solo animo an. Hätte die Rechtsordnung größere Garantien, wenn sie im letzteren Falle zur Wirksamkeit der Occupation erst eine Willenserklärung des A verlangte? Würde vor einer solchen trotz des animus des A der zufällig eintretende X die Banknote noch seinerseits occupieren können? — Die Entscheidung der Frage ist unmöglich, bevor wir uns über den Begriff der Willenserklärung überhaupt verständigt haben. Sind wir nicht aber gerade heute nach mehrfachen Spezialuntersuchungen der Frage von ihrer Lösung entfernter denn je?

Der Grund, warum das Gesetz früher wie heute die Erklärung des Geschäftswillens verlangt, ist, das sei schon hier gesagt, der ganz einfache und natürliche, weil ohne dieselbe das von ihren Wirkungen betroffene andere Subjekt keine Kenntnis erlangen und sich demgemäß rechtlich nicht entsprechend verhalten könnte.

Gerade im Gegensatz zu der von Kohler angezogenen, oben zitierten Anschauung kann man die juristische Willenserklärung im Sinne Kants eher mit der Welt vergleichen: Beide Phänomene sind nur Objekte für ein Subjekt. Die Welt ist unsere Vorstellung. Fehlt das Auge und das Hirn,

---

1) Zu der im Privatrecht verhängnisvollen Verwechslung zweier Arten des „Willens" äußert sich Sigwart a. a. O. 158.

in dem die Welt sich spiegelt, so ist sie eben nicht mehr das, wofür sie von uns nur gehalten werden kann. — Die Willenserklärung ist auch nur für ein sie perzipierendes, an ihren Wirkungen interessiertes Subjekt da. Fehlt ein solches, fehlt das betroffene Interesse, so sind Willensäußerungen auf der anderen Seite keine Willenserklärungen, sondern haben eine andere, zu untersuchende Natur.

Verzeichnis

der in Bd. XLIX angezogenen Belegstellen.

A. Altdeutsches Recht.

B. Gemeines Recht.

C. Gesetze und Verordnungen des Deutschen Reichs nebst Ausführungsgesetzen.

D. Partikularrechte.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 3001

Die Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin.

Neue Friedrichstr. 51.
Berlin C. 2, den 15. Juli 1905.

Preisaufgabe.

Die Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin haben beschlossen, einen Preis von zweitausendfünfhundert Mark auszusetzen für die beste Arbeit über:

Die wirtschaftliche Entwickelung des Warrantverkehrs in den europäischen und amerikanischen Ländern.

Die Preisarbeiten sind bis zum 1. April 1907 bei unserem Zentralbureau (Berlin C. 2, Neue Friedrichstr. 51) gegen Empfangsschein einzureichen. Als Preisgericht wird das Dozentenkollegium der (Herbst 1906 zu eröffnenden) Handelshochschule der Korporation der Kaufmannschaft von Berlin bestimmt; die Aeltesten der Kaufmannschaft werden dasselbe durch drei bis fünf sachverständige Delegierte als weitere Mitglieder des Preisgerichts verstärken.

Zur Preisbewerbung berechtigt ist jedermann. Die Arbeiten müssen in deutscher Sprache abgefaßt sein und in Reinschrift (Maschinenschrift oder deutlich zu lesender Handschrift) eingereicht werden. Sie dürfen keine Namensbezeichnung tragen, sondern sind statt dessen mit einem Denkspruch zu versehen. Der Name des Verfassers ist in einem geschlossenen Briefumschlage beizufügen, welcher denselben Denkspruch trägt.

Das Ergebnis der Preisbewerbung wird spätestens bei der Eröffnung des Wintersemesters der Handelshochschule Oktober 1907 mitgeteilt werden. Zu der Mitteilung und zur Eröffnung des geschlossenen Briefumschlages, welcher den Namen des Siegers enthält, werden sämtliche Mitglieder des Preisgerichts eingeladen.

Durch die Zuerkennung des Preises geht das Recht der Veröffentlichung der gekrönten Arbeit auf die Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über. Diese behalten sich vor, auch eine nicht gekrönte Arbeit, gegen Zahlung eines angemessenen Honorars, durch den Druck zu veröffentlichen und zu diesem Zwecke den entsprechenden Briefumschlag zu eröffnen. — Die übrigen Arbeiten werden 6 Monate von Verkündigung des Ergebnisses ab in unserem Zentralbureau zur Abholung gegen Rücklieferung des Empfangscheines bereit gehalten und nach Ablauf dieser Zeit mit den zugehörigen Umschlägen vernichtet.

Für die Bearbeitung des Gegenstandes im einzelnen sollen folgende Grundlinien maßgebend sein:

Es handelt sich nicht um eine rein theoretische Behandlung des Gegenstandes, sondern um eine, zwar auf wissenschaftlicher Grundlage

beruhende, aber für die Zwecke des praktischen Wirtschaftslebens berechnete Bearbeitung des Gegenstandes. Die Frage der Beförderung des Verkehrs in Lagerscheinen, bezw. Lagerpfandscheinen (Warrants) in Deutschland hat in den 70er und 80er Jahren eine große Rolle gespielt, ist aber in der letzten Zeit in den Hintergrund getreten. Es läßt sich annehmen, daß in dem Augenblick, wo Berlin die geplanten großstädtischen Lagereinrichtungen am Stralauer Anger und den lange vermißten Zentralspeicher erhält, die Frage der Lagerscheine und der rechtlichen Wirkungen ihrer Beleihung im Zusammenhange mit allen sich daran knüpfenden Streitfragen wieder aufleben wird. Der Vorbereitung hierauf soll die Preisfrage dienen. Die Frage liegt auf dem Grenzgebiete volkswirtschaftlicher und juristischer Untersuchungen und ist unter beiden Gesichtspunkten bereits von dem Kollegium in Angriff genommen worden.

Zunächst ist eine im Auftrage des Kollegiums unternommene amerikanische Studienreise dazu benutzt worden, über Lagerhäuser und Lagerscheine in Amerika Material zu sammeln, das der Weiterverarbeitung dienen kann (vergl. den Reisebericht im „Berliner Jahrbuch für Handel und Industrie", Jahrg. 1904 I, S. 491—501). Die Durcharbeitung der früheren gesetzgeberischen Vorschläge, wie sie in ausführlicher Bearbeitung in No. 3, Jahrg. 1905 der „Korrespondenz der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin" zur Drucklegung gelangt ist, hat zu dem Ergebnis geführt, daß die Forderungen, die der Handelsstand in früheren Jahrzehnten an die Gesetzgebung gerichtet hat, obgleich das verlangte Spezialgesetz niemals ergangen ist, gleichwohl durch das Bürgerliche Gesetzbuch und das neue Handelsgesetzbuch im wesentlichen als erfüllt gelten müssen. Trotzdem hat der Warrantverkehr in Deutschland sich nicht wie in anderen europäischen Ländern eingebürgert. Um die Gründe hiervon erkennen und beurteilen zu können, ist es vor allem erforderlich, einen Ueberblick darüber zu gewinnen, wie sich der tatsächliche Warrantverkehr in anderen Ländern gestaltet hat. Auf die historische Darstellung, die auch das gesamte einschlägige statistische Material beizubringen hat, ist eine Auseinandersetzung über die Ursachen zu begründen, weswegen in den einen Ländern eine kräftige Entwickelung des Warrantverkehrs stattgefunden hat, in den anderen, insbesondere in Deutschland, nicht. Dem oben dargelegten Zwecke der Arbeit entsprechend, wird in der Darstellung hauptsächlich darauf Gewicht zu legen sein, welche Lehren aus der bisherigen Entwickelung des Verkehrs in den amerikanischen und europäischen Ländern für Deutschland zu ziehen sind.

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 3001

